

TARIFFAVTALERS STILLING VED FUSJON

Kandidatnummer: 402

Veileder: Stein Evju

Leveringsfrist: 27.11.2006

Til sammen 15880 ord

21.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INTRODUKSJON</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildebildet	4
1.3	Plan for den videre fremstillingen	7
<u>2</u>	<u>ALMINNELIGE UTGANGSPUNKTER</u>	<u>9</u>
2.1	Alminnelig tariffbundethet	9
2.1.1	Tariffbundethet for både parter og medlemmer	9
2.1.2	Nye medlemmer i tariffperioden	10
2.1.3	Tariffbundethet etter arbeidstvistloven § 3 nr. 4	11
2.1.4	Partsbundethet og medlemsbundethet	11
2.1.5	Organisasjonsbildet	12
2.2	Tariffbundethet ved ”reell overdragelse” av virksomhet og unntak fra hovedregelen	13
2.2.1	Oversikt	13
2.2.2	ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen) - ”Reell overdragelse” av virksomhet	14
2.2.3	Unntak fra hovedregelen	15
2.3	Arbeidsmiljøloven av 2005 § 16-2 og dens relevans for problemstillingen	17
2.4	Fusjon – mer enn en ”reell overdragelse”	21
<u>3</u>	<u>SELSKAPSRETTLIGE REGLER</u>	<u>23</u>
3.1	Oversikt	23
3.2	Aksje- og allmennaksjelovens regler og kontinuitetsprinsippet	23
3.2.1	Kontinuitetsprinsippets bakgrunn og innhold	23
3.2.2	Aksje- og allmennaksjelovens § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr.3 - ordlyd	33

<u>4</u>	<u>BAKGRUNNSRETTE – RETTSPRAKSISENS RELEVANS OG REKKEVIDDE</u>	
	<u>VED FUSJON</u>	<u>36</u>
4.1	ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen)	36
4.1.1	Saksforholdet i korte trekk	36
4.1.2	Dommens betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon	36
4.2	ARD 2001 s.1 (Hakondommen)	39
4.2.1	Saksforholdet i korte trekk	39
4.2.2	Dommens betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon	39
4.3	ARD 2004 s. 163	46
4.3.1	Saksforholdet i korte trekk	46
4.3.2	Dommens betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon	47
<u>5</u>	<u>FORELIGGER DET HINDRE FOR EN ALMINNELIG REGEL OM AUTOMATISK</u>	
	<u>OVERGANG AV TARIFFBUNDETHET I KRAFT AV FUSJON?</u>	<u>50</u>
5.1	Oversikt	50
5.2	Variasjonsmuligheter som kan oppstå ved fusjon og implikasjoner av disse	51
5.3	Hovedavtalen 2006-2009 LO – NHO § 3-7- problematikk	56
5.4	Konklusjon	58
<u>6</u>	<u>KILDEHENVISNINGER OG LITTERATURLISTER</u>	<u>60</u>
6.1	Lover og direktiver	60
6.2	Forarbeider	61
6.3	Rettspraksis	61
6.4	Litteraturliste	62

1 Introduksjon

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Når en virksomhet overdras fra en arbeidsgiver som er bundet av en tariffavtale, oppstår forskjellige spørsmål om tariffavtalens stilling, både i forhold til den som overdrar virksomheten og til den som overtar virksomheten. En overføring av en virksomhet vil innebære at virksomheten fortsetter etter overdragelsen, men med nye arbeidsgivere. Det finnes flere måter å overføre virksomhet på. Det kan gjøres blant annet ved kjøpekontrakt, ved ensidige disposisjoner som gave, arv eller skifte eller ved fusjon.¹

Spørsmålet om tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse er først og fremst et spørsmål om tariffbundethet. I forhold til overdrager kan det stilles spørsmål om denne fortsatt er forpliktet til å følge tariffavtalen for den delen av virksomheten som ikke påvirkes av overdragelsen. I forhold til erverver er spørsmålet om denne blir bundet av overdragers tariffavtale.

Tema i denne avhandlingen er om tariffavtalen som sådan er automatisk bindende for den ervervende arbeidsgiver ved fusjon. Problemstillingen omfatter både situasjoner der overdrager er bundet direkte som part i en tariffavtale, og situasjoner der overdrager er bundet som medlem gjennom en arbeidsgiverforening. I den sistnevnte situasjonen er det tariffbundethet i form av et medlemskap, og ikke selve tariffavtalen, som eventuelt videreføres.

¹ Jf. Jakhell 2004, s. 452 flg.

Tariffbundethet ved alminnelige virksomhetsoverdragelser vil ikke bli behandlet i særlig grad. Ved behandlingen av problemstillingen om tariffavtalens stilling ved fusjon, vil det likevel være nødvendig å se på forholdet mellom rettskildene som gjelder ved alminnelige virksomhetsoverdragelser, og de som gjelder for fusjon. Dette fordi de rettskilder som er knyttet til alminnelige virksomhetsoverdragelser, står i nær sammenheng med de rettskilder som gjelder for fusjon.

Opprinnelig inneholdt arbeidsmiljøloven av 1977² ikke noen regler om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Tariffrettslige regler ved alminnelige virksomhetsoverdragelser var basert på ulovfestet rett utviklet i praksis fra Arbeidsretten. Ved *reell overdragelse* av virksomhet, har Arbeidsretten lagt til grunn at erverver som hovedregel ikke anses bundet av overdragers tariffavtale. Dette er poengtert i ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen), og Arbeidsretten tar utgangspunkt i det samme prinsippet i ARD 2004 s. 163 (APTS-dommen). Spørsmålet om situasjonen stiller seg annerledes ved fusjon var fremme i ARD 2001 s. 1 (Hakondommen), men Arbeidsretten har ikke tatt et generelt standpunkt til dette.

Ved endringslov av 27. november 1992 nr. 115 ble kapittel XII A føyd til i daværende arbeidsmiljølov av 1977, som en følge av EØS- avtalen. Arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 2 bestemte at individuelle lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen, skulle videreføres ved en virksomhetsoverdragelse, inntil tariffavtalen utløp eller ble avløst av en ny tariffavtale. Denne regelen innbefattet derimot ikke noen direkte eller indirekte regulering av spørsmålet om hvilken stilling en tariffavtale som sådan hadde ved fusjon eller andre former for virksomhetsoverdragelse. Det var fortsatt Arbeidsretten som måtte ta stilling til dette spørsmålet.

Arbeidsmiljøloven av 1977 ble med virkning fra 1. januar 2006 erstattet av arbeidsmiljøloven av 2005.³

² Lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4.

³ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.

Denne loven innførte en nyhet i kapittel 16, nemlig § 16-2 annet ledd. Paragraf 16-2 annet ledd lovfester kravet om at tariffavtalen skal følge med når en virksomhet overtas av ny arbeidsgiver, med mindre den nye arbeidsgiver senest innen tre uker fra overdragelsestidspunktet skriftlig meddeler fagforeningen at han eller hun ikke ønsker å bli bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale.

Spørsmålet knytter seg kun til endringer i arbeidsgiverforholdet. Eierskifte ved kjøp og salg av aksjer eller eiendeler som ikke fører til endringer av partsforholdet på arbeidsgiversiden av arbeidsavtalen, omfattes ikke av problemstillingen. I slike tilfeller vil arbeidsgiveren forbli den samme, og denne vil således fortsatt være bundet av tariffavtalen.

I NOU 2001: 14 s. 52 understrekes det at aksjeoverdragelser ikke fører til bortfall av aksjeselskapets tariffavtale, selv om det i prinsippet er slik at alle eller en majoritetsandel av aksjene overdras.⁴

I tillegg til arbeidsrettslige regler vil aksje- og allmennaksjelovens⁵ (asl./asal.) fusjonsregler spille en viktig rolle i avklaringen av problemstillingen.

Ved fusjon etter aksjelovens kapittel 13 forutsettes det at det skal utarbeides en fusjonsavtale og en felles fusjonsplan med et visst innhold.⁶ Aksje- og allmennaksjelovens fusjonsregler bygger på et kontinuitetsprinsipp som skal være nedfelt i fusjonsavtalen og fusjonsplanen. Den fusjonsavtalen som gjelder for den enkelte fusjon, kan inneholde bestemmelser om overgang av rettigheter og plikter i et annet omfang enn det som følger av rettsvirkningene av virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven av 2005 kapittel 16.

⁴ Jf. også Evju 1984 side 260, Fougner/ Holo 2006 s. 884 og Jakhelln 2004, s. 495.

⁵ Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44 og Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.

⁶ Jf. asl. /asal. §§ 13-3 – 13-12.

Aksje- og allmennaksjelovens regler om fusjon og kontinuitetsprinsippet kommer til anvendelse kun på fusjon mellom aksje- og allmennaksjeselskaper, jf. asl./asal. § 13-1 første punktum.

I praksis gjennomføres fusjon imidlertid på mange forskjellige måter. Det kan gjennomføres en fusjon mellom et aksjeselskap og et ansvarlig selskap eller kommandittselskap. Det kan også gjennomføres en fusjon mellom to kommandittselskaper eller mellom to ansvarlige selskaper.⁷ Disse fusjonstypene omfattes ikke av aksje- og allmennaksjelovens kapittel 13. I denne avhandlingen vil kun tariffbundethet ved fusjoner etter aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13 behandles. Spørsmålet om det foreligger grunnlag for en ekstensiv regel om tariffbundethet for alle fusjonstilfellene, vil følgelig ikke bli behandlet.

Det skal i tillegg stilles spørsmål til om det kontinuitetsprinsippet aksjelovens regler bygger på, kan danne et selvstendig grunnlag for overføring av tariffbundethet uten de samme begrensninger som følger av arbeidsmiljøloven § 16 -2 (2).

1.2 Rettskildebildet

I forhold til spørsmålet om tariffbundethet ved virksomhetsoverdragelse ved fusjon er det ytterst sparsomt med rettskilder. Spørsmålet er ikke direkte regulert ved lovgivning, og rettspraksis gir bare i beskjeden grad veiledning for løsninger av de spørsmål som her skal drøftes.

Den nye § 16-2 i arbeidsmiljøloven av 2005 innfører en regel om tariffbundethet for den overdragende arbeidsgiver. Hvilken rettskildeverdi denne regelen har ved spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon, blir behandlet under punkt 2.3 i avhandlingen. En sentral rettskilde vil være aksjelovens regler kapittel 13 om fusjon, samt det kontinuitetsprinsippet som ligger implisitt i reglene.

⁷ Jf. Aarbakke m.fl. 2000, s. 635.

Det foreligger lite rettspraksis tilknyttet tariffbundethet ved fusjon. Avgjørelser av betydning som skal analyseres senere i avhandlingen er ARD 1988 s. 38, ARD 2001 s. 1 og ARD 2004 s. 163.

I litteraturen har også andre avgjørelser enn de ovennevnte blitt sett på som relevante for spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon, men deres relevans er i dag omdiskutert.

En av disse avgjørelsene er ARD 1983 s. 6 (Helikopterdommen). Denne dommen er presentert i litteraturen som grunnlag for at tariffavtalen består ved fusjon.⁸

Dommen omhandler Helikopter Service AS (HS) og Offshore Helikopters AS (OH), som begge hadde lisens på offshore helikopterflyginger i Nordsjøen. De to selskapene etablerte i 1990 en omfattende samarbeidsavtale om at de administrative, tekniske og operative virksomhetene skulle slås sammen under en ledelse. Målet med denne avtalen var at OH skulle innpasses i HS. Som følge av dette ble arbeidstakerne i OH overført til HS og fikk beholde sin ansiennitet fra OH fra et gitt tidspunkt.

Det ble protestert mot dette fra personalforeningen i HS. Arbeidsretten konkluderte med at de berørte arbeidstakerne hadde rett til å beholde sin ansiennitet etter overføringen.

Denne dommen tar ikke opp spørsmålet om tariffavtalen som sådan overføres til den nye arbeidsgiveren. Spørsmålet som Arbeidsretten drøfter i denne avgjørelsen gjelder overføring av opparbeidet ansiennitet, noe som kan uttrykkes som et spørsmål om overføring av tariffavtalte individuelle vilkår.

Retten tok ikke stilling til om disse rettighetene skulle overføres i kraft av fusjonen.

⁸ Jf. Sture 1988 s.190.

Retten la til grunn for resultatet at selskapene ved inngåelse av avtalen i 1990 var enige om at arbeidstakerne i OH ved overføring til HS skulle bibeholde sin ansiennitet fra OH fra et gitt tidspunkt.⁹

Som følge av at denne avgjørelsen omhandler tariffavtalte individuelle arbeidsvilkår, samt at den forutgående avtalen var avgjørende for at den opparbeidede ansiennitet ble videreført, vil denne dommen etter min mening ikke ha relevans for denne avhandlingens konkrete problemstilling.

En annen avgjørelse som er nevnt i litteraturen som relevant for tariffavtalens stilling ved fusjon, er ARD 1966 s. 45. Denne dommen gjaldt Vestopplandske Bilselskap A/S som ble etablert gjennom en fusjon mellom fem uavhengige selskaper etter krav fra myndighetene. Spørsmålet var om det nystiftede selskapet var bundet av de tre tidligere selskapers tariffavtaler, og da spesielt til de særfordeler som sjåførene hadde i de tidligere selskapene i form av høyere lønn.

I denne avgjørelsen ble lagt til grunn at den nødvendige kontinuiteten ikke forelå mellom det nystiftede aksjeselskap og de tidligere innfusjonerte selskapet, og Vestopplandske Bilselskap AS var følgelig ikke bundet av tidligere tariffavtaler.

Dommen omhandlet rettigheter som på tidspunktet for avgjørelsen ikke var lovfestet. Spørsmålet om tariffbundethet er i dag regulert ved arbeidsmiljøloven § 16-2 annet punktum (tidligere ved § 73 B nr. 2), som også gjelder fusjon. Videre bemerkes at dommen ikke gjaldt tariffavtalens stilling ved fusjon etter aksjelovgivningen. Aksjelovens kapittel 13 var ikke et rettslig grunnlag for problemstillingen.

Siden premissene i dommen fremstår under andre forutsetninger enn om aksje- og allmennaksjelovens kapittel 13 hadde vært et rettslig grunnlag, vil ikke denne dommen ha noen betydning for fusjonstilfeller som faller innenfor aksjeloven kapittel 13, selv om

⁹ Jf. ARD 1983 s. 6, s. 24.

dommen gjelder en fusjon. Støtte for dette synspunktet finnes også i litteraturen.

Aarbakke¹⁰ gir uttrykk for at den oppfatningen som lå til grunn for denne dommen kan neppe opprettholdes etter at prinsippet i aksjeloven § 14-1 (gjeldende lov § 13-1) er blitt knesatt. Videre understreker han at saken gjaldt en fusjon eldre enn aksjeselskapsloven av 1976, men etter den modell som var regulert ved aksjeloven av 1976 § 14-7. Arbeidsretten antok at den overtakende selskap ikke var bundet av et overdragende selskaps tariffavtale, men ”befant seg i en helt selvstendig tariffrettslig posisjon, og i alle henseender [...] ubundet av de gamle selskapers overenskomstforhold.”

I juridisk litteratur har spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon vært berørt, men ikke behandlet i særlig utstrekning. Spørsmålet om tariffbundethet ved alminnelige virksomhetsoverdragelser er derimot viet relativt stor oppmerksomhet i rettsteorien. Både selskapsrettslig og arbeidsrettslig juridisk teori vil være relevante rettkilder i denne fremstillingen, både i form av bøker, kommentarutgaver, artikler og betenknings.

1.3 Plan for den videre fremstillingen

I de kommende kapitlene skal jeg redegjøre for gjeldende rett angående tariffbundethet ved fusjon.

Jeg vil i kapittel 2 redegjøre for tariffbundethet generelt og de avtalemekanismene som ligger i parts- og medlemsbundethet. I tillegg vil jeg også behandle prinsippet som er utviklet gjennom Arbeidsrettens praksis ved ”reell overdragelse” av virksomhet, og diskutere om fusjon er mer enn en ”reell overdragelse” etter arbeidsmiljølovens regler. Under samme kapittel vil jeg drøfte hvilken relevans arbeidsmiljøloven § 16-2 har for problemstillingen.

I kapittel 3 skal jeg drøfte aksjelovens regler om fusjon og kontinuitetsprinsippets betydning, før jeg gjennomgår Arbeidsrettens praksis om virksomhetsoverdragelse ved fusjon i kapittel 4.

¹⁰ Jf. Aarbakke 1987, s. 179.

Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 drøfte om det foreligger hindre for en alminnelig regel om automatisk overgang av tariffbundethet i kraft av fusjon. I den forbindelse vil de ulike variasjonsmulighetene som kan oppstå i forbindelse med fusjon bli vurdert, i tillegg til de formelle og praktiske vanskeligheter som kan oppstå når denne regelen kombineres med reglene i Hovedavtalen 2006-2009 LO-NHO § 3-7.

2 Alminnelige utgangspunkter

2.1 Alminnelig tariffbundethet

2.1.1 Tariffbundethet for både parter og medlemmer

Tariffavtalen er en rettslig bindende og gjensidig forpliktende avtale.¹¹ Etter alminnelige avtalerettslige regler er en tariffavtale, som avtale, bindende for avtalens egne parter, tariffpartene. Av tjenestetvistloven¹² § 11 og arbeidstvistloven¹³ § 1 nr. 8 fremgår det at parten på arbeidstakersiden i en tariffavtale alltid skal være en forening. Den enkelte arbeidstaker kan ikke være part i en tariffavtale. På arbeidsgiversiden kan både en enkelt arbeidsgiver og en arbeidsgiverforening være part.

Et av tariffavtalens grunnleggende kjennetegn er at den ikke bare binder avtalens egne parter, den binder også tariffpartenes medlemmer. Dette innebærer at tariffavtalen er bindende for de underavdelinger, forbund, lokale foreninger, bedrifter og arbeidstakere som er medlemmer i de organisasjonene som har inngått avtalen.

Spørsmålet om hvem som omfattes av en tariffavtale, er ikke direkte regulert ved arbeidstvistlovens regler. Det er i utgangspunktet tariffpartene selv som kan fastsette dette i avtalen. Spørsmålet må derfor avgjøres ut fra en tolking av tariffavtalen.¹⁴

Tariffavtalen er direkte bindende for de medlemmene som omfattes av avtalen.¹⁵

¹¹ Jf. Stokke m.fl. 2003 s. 123.

¹² Lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr 2.

¹³ Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr 1.

¹⁴ Jf. Jakhelln 2004, s. 485.

¹⁵ De medlemmene som er tariffbundet, betegnes også som "deltakere" i tariffavtalen, eller som medlemsbundne.

Som en alminnelig, ulovfestet regel omfatter denne tariffbundetheten de som er medlemmer av organisasjonen på det tidspunkt tariffavtalen inngås eller trer i kraft.¹⁶

2.1.2 Nye medlemmer i tariffperioden

Nye medlemmer i tariffperioden vil omfattes av organisasjonens tariffavtale ved innmeldelsen hvis tariffavtalen etter sitt innhold er anvendelig med hensyn til hva slags virksomhet og arbeid og hva slags arbeidstakerkategorier den omfatter.

Fra dette må det gjøres en viktig reservasjon. Innenfor enkelte tariffområder i privat sektor er tariffbundetheten avhengig av at tariffavtalen er gjort gjeldende for medlemmene. Dette innebærer at bedriften ikke automatisk blir tariffbundet, men at det må finne sted en separat gjennomføringsakt for at medlemmet skal være bundet av tariffavtalen.¹⁷ Hvis det nye medlemmet ved innmeldelse er bundet av en annen tariffavtale, vil denne som utgangspunkt bestå i sin gyldighetstid.¹⁸ I de større avtaleforhold har man vanligvis særskilte bestemmelser for å fastlegge hva som skal gjelde i slike situasjoner.

Eksempelvis har Hovedavtalen 2006-2009 LO-NHO slike regler i § 3-7 flg.

De ovennevnte bestemmelsene gjelder bare krav om ny tariffavtale i tariffperioden.

Hvilken tariffordning som skal gjelde etter utløpet av perioden er det opp til partene å ta stilling til under tariffrevisjonen.

Disse bestemmelsene gir nærmere regler om fremgangsmåten og om løsning av tvister hvor det kan være tvil om hvilken tariffavtale som får anvendelse. Av § 3-7 fremgår det at LO og NHO kan kreve at en bestående tariffavtale skal gjelde for medlemsbedrifter som ikke har vært bundet av tariffavtale mellom organisasjonene, og for en tariffbundet bedrift som

¹⁶ Jf. Evju 1984 s. 251.

¹⁷ Jf. Stokke m. fl. 2003, s. 124.

¹⁸ Jf. Evju 1984 s. 251.

iverksetter virksomhet som ikke omfattes av eksisterende tariffavtaler ved bedriften. En arbeidsgiver kan være medlem av en organisasjon uten å derved være tariffbundet.

Etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 2 er det et vilkår for å kreve tariffavtale gjennomført at bedriften er medlem i NHO og i en landsforening tilsluttet NHO, og at LO og det aktuelle forbund har organiserte arbeidstakere i bedriften. I dag gjelder det, etter Hovedavtalen LO-NHO, en hovedregel overfor LO om at forbundet må organisere minst 10 prosent av de ansatte innen tariffområdet i en NHO-bedrift for å få opprettet tariffavtale, jf. § 3-7 (2). Videre av § 3-7 (5) fremgår det at dersom bedriften er bundet av annen tariffavtale ved innmeldelse i NHO, gjelder denne til den er brakt til utløp.

En landsdekkende tariffavtale mellom LO og NHO omfatter altså ikke automatisk de medlemsbedrifter i NHO som faller inn under tariffavtalens saklige område.

2.1.3 Tariffbundethet etter arbeidstvistloven § 3 nr. 4

Dersom et medlem velger å melde seg ut av sin organisasjon i tariffperioden, eller et medlem blir ekskludert fra organisasjonen i tariffperioden, vil medlemmet fortsatt være bundet av den inngåtte tariffavtalen, jf. arbeidstvistloven § 3 nr. 4. Det er den tariffavtalen som er gjeldende for medlemmet på det tidspunkt utmeldelsen trer i kraft, som er bindende. Tariffbundetheten vedvarer inntil tariffavtalens gyldighetstid utløper. Tariffavtaler som inngås eller blir forlenget etter at utmeldelsen trer i kraft, vil ikke være bindende for medlemmet.¹⁹

2.1.4 Partsbundethet og medlemsbundethet

Rettslig sett er det en viktig forskjell mellom tariffpartenes bundethet og de medlemsbundne. Denne forskjellen viser seg ved spørsmålet om adgangen til å fravike tariffavtalen. Det er bare tariffpartene som har rådighet over tariffavtalen. Dette innebærer at de kan endre avtalen i tariffperiodens løp, ved å innføre nye regler eller endre eksisterende regler i avtalen. I tariffpartenes rådighet ligger også at partene har et såkalt

¹⁹ Jf. Evju 1984 s. 251.

fortolkingsmonopol. Med dette forstås det at dersom tariffpartene er enige om en viss forståelse av en regel i tariffavtalen, skal denne forståelsen som alminnelig regel legges til grunn.²⁰ Denne felles forståelsen av avtalens bestemmelser er bindende for medlemmer på lik linje med tariffavtalen selv. I tillegg må deltakerne i tariffavtalen respektere avtalen, og alle de avtalene som de inngår, både lokale tariffavtaler og individuelle avtaler, må inngås innenfor rammen av den overordnede tariffavtale.

2.1.5 Organisasjonsbildet

Organisasjonsbildet er videre preget av at det finnes et mangfold av organisasjoner som både arbeidsgiver og arbeidstaker kan være medlemmer av.

Den ervervende arbeidsgiver som overtar en virksomhet ved fusjon, kan enten være medlem av den samme arbeidsgiverforeningen som overdrager, medlem av en annen arbeidsgiverforening eller være uorganisert. Dette har som følge at erverver kan være bundet av den samme tariffavtalen som overdrager, av en forskjellig tariffavtale eller ikke bundet i det hele tatt.

I en situasjon hvor begge fusjonspartene er medlemmer av den samme arbeidsgiverorganisasjonen, vil det bero på medlemskapet og den aktuelle tariffavtale hvorvidt erverver er bundet av samme tariffavtale som overdrager eller ikke.

I tilfelle erverver er medlem av en annen arbeidsgiverforening, kan det være at denne foreningen har en tariffavtale med den samme arbeidstakerorganisasjonen som binder overdragende selskap. En annen mulighet er at erverver har inngått avtale med en annen arbeidstakerorganisasjon, og denne tariffavtalen kan være bindende for de arbeidstakerne som allerede er ansatt i det overtakende selskapet.

²⁰ Jf. Stokke m. fl. 2003, s. 124.

Videre kan det være at erverver er allerede tariffbundet som selvstendig part i en tariffavtale med en arbeidstakerorganisasjon. Dersom erverver skal anses bundet av overdragers tariffavtale, kan det følgelig oppstå situasjoner hvor erverver blir bundet av flere tariffavtaler som part, eller blir tariffbundet i en kombinasjon av partsbundethet og medlemsbundethet.

Videre som Arbeidsretten ga uttrykk for i Hakondommen, har de kompliserende forhold knyttet til tariffavtalers overgang også en prosessuell side.²¹

Etter arbeidstvistloven § 8 er det bare den overordnede tariffpart som har søksmålsrett. Når en arbeidsgiver slutter seg til en tariffavtale som part eller melder seg inn i en arbeidsgiverforening, har arbeidsgiveren enten søksmålsrett som part eller så har den overordnede arbeidsgiver søksmålsrett etter § 8. Som følge av dette kan en overgang av medlemsbundethet innebære at arbeidsgiveren ikke får selvstendig søksmålskompetanse når det gjelder tariffavtalen.

På grunn av dette komplekse organisasjonsbildet i arbeidslivet kan det utvikle seg vanskeligheter i forbindelse med videreføring av tariffavtaler.

Derfor må man i vurderingen av om tariffavtaler videreføres ved fusjon, ta i betraktning alle disse forskjelligartede måtene å være tariffbundet på.

2.2 Tariffbundethet ved "reell overdragelse" av virksomhet og unntak fra hovedregelen

2.2.1 Oversikt

Ved "reell overdragelse"²² av virksomhet har Arbeidsretten lagt til grunn at ny innehaver av virksomheten som hovedregel ikke anses bundet av tidligere innehavers tariffavtale.

²¹ Jf. Hakondommen s. 13.

²² Begrepet er i og for seg ikke et legalt begrep, det er skapt i juridisk teori og adoptert i rettspraksis.

Tariffavtalen som sådan vil da ikke følge over til den nye innehaveren. Den sentrale dom er her inntatt i ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen), jf. punkt 2.2.2 nedenfor.

Det gjelder noen unntak fra hovedregelen, først og fremst for overdragelser som kan karakteriseres som ikke reelle, eksempelvis pro forma, disposisjoner som tar sikte på å omgå tariffavtalen og rettslig omorganisering av virksomheter. Disse unntakssituasjonene gjennomgås i punkt 2.2.3 nedenfor.

2.2.2 ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen) - "Reell overdragelse" av virksomhet

Av avgjørelsen i Securitasdommen kan det utledes at ved en slik "reell overdragelse" av virksomhet til en ny selvstendig eier, vil erververen ikke bli bundet av overdragerens tariffavtale. Denne rettsoppfatningen er etablert gjennom tidligere rettspraksis.²³

Hvorvidt overdragelsen er reell vil bero, ifølge Arbeidsrettens praksis, på en konkret vurdering av de faktiske forhold. Momenter i denne vurderingen vil være om det foreligger et nytt rettssubjekt, om det nye rettssubjektet er selvstendig, hva som er gjenstand for overdragelsen, transaksjonsformen, om det har vært avbrudd i driften og endelig selve transaksjonsformålet (har hensikten vært å unndra seg tarifforpliktelser).²⁴

Arbeidsretten understreker i tillegg (på s. 42) at for tariffavtalers del er bildet i det hele mer sammensatt enn når det gjelder arbeidsavtalers stilling ved virksomhetsoverdragelse.

Tariffavtalens stilling ved overdragelse av virksomhet kan oppstå i forskjellige situasjoner og ved ulike overdragelsesformer. Den overdragende arbeidsgiver kan være selvstendig part i en tariffavtale. Ofte, som i den konkrete saken, vil den overdragende arbeidsgiver være bundet gjennom medlemskap i en arbeidsgiverforening og tariffpartenes bestemmelse om å gjøre tariffavtalen gjeldende for bedriften. Videre kan erverver være medlem av den samme arbeidsgiverforening som overdrageren, av en annen arbeidsgiverforening eller

²³ Jf. Securitasdommen på s. 42 hvor retten henviser til ARD 1926 s. 3, 1930 s. 168, 1936 s. 1, 1952 s. 31, 1966 s. 45 og 1974 s. 35.

²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 268.

være uorganisert. Erververen kan i tillegg fra tidligere av være bundet av andre tariffavtaler, og organisasjonsmessige avtaler ha bestemmelser om vilkår for å gjøre en tariffavtale gjeldende for en bedrift.

At dette organisasjonsbildet som Arbeidsretten gir i Securitasdommen, har gyldighet også i forhold til fusjonstilfellene, er klart understreket i en senere dom fra Arbeidsretten – Hakondommen - som jeg kommer tilbake til under punkt 4.2.

2.2.3 Unntak fra hovedregelen

Det finnes som nevnt ovenfor noen unntak fra hovedregelen. Arbeidsretten har utviklet en gjennomskjæringsregel: Hvis transaksjonen er en pro forma transaksjon og tar sikte på å omgå tariffavtalen, vil tariffavtalen fortsatt bestå.²⁵ Slike disposisjoner må anses som illojale i forhold til den tariffmessige regulering, og Arbeidsretten har i sin praksis lagt til grunn at en arbeidsgiver ikke blir fri fra sine tariffmessige forpliktelser ved disposisjoner som har dette formål.²⁶

I ARD 1936 s. 36 uttalte Arbeidsretten blant annet at ”der er i virkeligheten medgitt, at formålet med denne selskapsstiftelse likefrem var å komme forbi tariffavtalen” og fant at tariffavtalen fortsatt var gjeldende.

Videre har Arbeidsretten i sin praksis lagt til grunn at dersom det bare er tale om en rettslig og faktisk omorganisering av arbeidsgivers virksomhet, vil tariffavtalen fortsatt være gjeldende.

I denne sammenhengen kan det vises til den grunnleggende dommen om Saugbrugsforeningen (ARD 1920 s. 341), hvor bedriften utvidet og moderniserte prambyggerverkstedet. I denne forbindelsen organiserte bedriften prambyggerverkstedet

²⁵ Jf. NOU 2004: 5 s. 392. Jf. også Jakhelln 2004, s. 489 som henviser til aktuell praksis.

²⁶ Jf. Jakhelln 2004, s. 489.

som et eget aksjeselskap, hvor bedriften hadde den fulle innflytelse. Arbeidsretten fant at det i virkeligheten var Saugbrugsforeningen som fortsatte virksomheten i det nye aksjeselskap, og uttalte:

Det skulde synes klart at en tariffavtalens gyldighet overfor en bedrift ikke kan være avhengig av, hvilke rettslige former bedriftens innehavere finner det mest tjenlig for sig å drive virksomheten under. Det er ikke organisasjonsformene, med den faktiske økonomiske felleskap mellom bedriftens enkelte grener som må være avgjørende og bestemmende. Det må være en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale, at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner. De arbeidere, som faktisk, om enn ikke formelt juridisk, fremdeles er knyttet til Saugbrugsforeningens prambyggervirksomhet, har et tariffkrav overfor Saugbrugsforeningen på at den sørger for at de får sine tariffkrav respektert”
(s. 344).

Av de senere avgjørelsene som gjelder rettslig og faktisk omorganisering kan merkes ARD 2004 s.163. Her ble A-pressen Tjenestesenter AS (APTS) etablert som et heleid datterselskap i A-pressekonsernet som følge av en intern omorganisering i konsernet. Ved etableringen overtok APTS en del støttefunksjoner fra morselskapet og en del heleide datterselskaper i samme konsern. Av de åtte selskapene i konsernet som overførte arbeidsoppgaver til APTS, var seks bundet av medieoverenskomsten. Arbeidsretten kom fram til, blant annet under henvisning til ARD 1920 s. 341, at APTS var bundet av medieoverenskomsten. Etter rettens syn var dette en rent faktisk og rettslig omorganisering av virksomhet innen et konsern, og det forhold at det formelt og reelt ble etablert en ny bedrift, fant ikke retten å kunne tillegge avgjørende betydning.

På samme måte har Arbeidsretten konsekvent lagt til grunn at endring av selskapsform fører til at den nye virksomheten i den nye selskapsformen fortsatt er bundet av

tariffavtalen.²⁷ Det synes som om forutsetningen for at tariffbundethet skal opprettholdes i slike tilfeller, er at det foreligger kontinuitet i avtaleforholdet, og at gjensidighetsforholdet mellom partene består.²⁸

I Hakondommen uttalte retten at fusjonen i utgangspunktet kun innebar en rettslig og faktisk omorganisering av konsernets virksomhet, og at den reelle eierstrukturen ikke ble påvirket.²⁹ Selv om dette ikke var hovedbegrunnelsen for resultatet i dommen, indikerer denne uttalelsen at slike faktiske forhold har betydning ved spørsmål om tariffavtaler ved fusjon.

2.3 Arbeidsmiljøloven av 2005 § 16-2 og dens relevans for problemstillingen

Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 2005 og kapittel 16 implementerer EF-direktivet om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse i norsk rett.³⁰ EF- direktivet nevner spesielt fusjon.³¹ Direktivet inneholder ikke en legal definisjon av fusjonsbegrepet, og fortalene gir ikke veiledning. Det er sannsynligvis grunn til å oppfatte direktivet slik at fusjonsbegrepet skulle forstås i samsvar med de enkelte medlemslandenes selskapsrettslige fusjonsbegrep, siden det ville vært naturlig med en legaldefinisjon i direktivet dersom det var meningen å innføre en felleskapsrettslig forståelse.³² At fusjon ikke er nevnt i den norske lovteksten, skyldes at EF-direktivet nevner uttrykkelig at sammenslåinger av

²⁷ Jf. Jakhelln 2006, s. 561 som henviser i denne sammenheng til ARD 1936 s. 36 som gjaldt en omdannelse av personlig ansvarlig firma til andelslag, ARD 1937 s. 163 som gjaldt en omdannelse av personlig ansvarlig firma til aksjeselskap og ARD 1951 s. 102 som gjaldt omdannelse av aksjeselskap til personlig ansvarlig firma.

²⁸ Jf. Fougner m.fl. 2003, s. 148 og 149, Fougner 1999 s. 70 og Jakhelln 2006 s. 562.

²⁹ Jf. Hakondommen s. 13.

³⁰ Gjeldende direktiv 2001/23/EF og tidligere direktiv 98/50/EF og 77/187/EØF. Ved rådsdirektiv 2001/23/EF ble tekstene i direktiv 98/50/EF og 77/187/EØF slått sammen uten noen materielle endringer. Samtidig ble de to direktivene opphevet.

³¹ Med EF- direktivet mener jeg gjeldende direktiv 2001/23/EF.

³² Jf. Fougner/ Holo 2006 s. 910.

virksomheter (fusjon) faller inn under direktivets anvendelsesområde. Departementet fant det imidlertid ikke nødvendig å gjenta dette uttrykkelig i lovteksten, idet slike transaksjoner alltid vil ha grunnlag i en avtalemessig disposisjon.³³

Av § 16-2 (2) første punktum fremgår det at den ervervende arbeidsgiver blir bundet av den overdragende arbeidsgivers tariffavtale som sådan, i kraft av virksomhetsoverdragelsen. Lovforarbeidene presiserer at bundetheten gjelder hele tariffavtaleforholdet, således eventuelle særavtale og andre underordnede avtaler som inngår som en del av den overordnede tariffavtale.³⁴

Dette innebærer at de ordinære regler som ellers gjelder for tariffbundne parter i tariffavtaleforhold etter arbeidstvistloven eller tariffretten for øvrig, også vil komme til anvendelse, herunder fredspliktreglene.³⁵

Erververen kan unngå dette ved å erklære seg ubundet av den tidligere tariffavtale senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet, jf. § 16-2 (2) annet punktum. Erklæringen rettes til fagforeningen, siden fagforeningen er ”den andre parten i tariffavtalen, dvs. den som har rådighet i tariffavtaleforholdet på arbeidstakersiden”.³⁶ Eksempelvis vil det ikke være tilstrekkelig å avgi erklæring overfor den lokale fagforening dersom det er et landsomfattende forbund som er part i tariffavtalen.

Denne regelen inneholder altså en reservasjonsrett for den ervervende arbeidsgiver, og i forarbeidene er det uttrykkelig presisert at fagforeningen ikke kan nekte arbeidsgiver å tre inn i tariffavtalen.³⁷

³³ Jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 33. Jf. Også Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) under punkt 21.2.2.

³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 339.

³⁵ Jf. Jakhelln 2006 s. 571.

³⁶ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 338.

³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 338.

Det er kun den ervervende arbeidsgiver som kan benytte seg av reservasjonsretten. Dette bryter for så vidt med prinsippet i den kollektive arbeidsrett om tariffpartenes likestilling.³⁸

Denne regelen har som formål å gi den ervervende arbeidsgiver muligheten til å undersøke og vurdere hva slags typer tariffavtaler den overdragende arbeidsgiver er bundet av, og de fordeler og ulemper som dette medfører, før han eventuelt velger å bli bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale.³⁹

Men denne reservasjonsretten er ikke absolutt. Departementet uttaler:

”Departementet har med dette forslaget ikke ment å gjøre endringer i rettsstillingen når det gjelder de tilfeller som omfattes av den unntaksvise tariffavtaleovergang som eksisterer i dag, jf. gjennomgangen av gjeldende rett ovenfor. Etter gjeldende rett er hovedregelen at tariffavtalen som sådan ikke følger med ved en virksomhetsoverdragelse, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for dette. Et slikt særskilt grunnlag kan foreligge dersom formålet med en utskillelse, nyorganisering eller lignende er å omgå eller unngå tariffavtale, jf. det som er sagt foran om Arbeidsrettens praksis. Den nye arbeidsgiveren skal ikke i slike tilfeller kunne fri seg fra tariffavtalen ved å avgi en skriftlig erklæring til fagforeningen. [...]”⁴⁰

Hvis det følger av et annet rettsgrunnlag enn arbeidsmiljøloven at tariffavtaler skal overføres til den ervervende arbeidsgiver, kan ikke ny arbeidsgiver fri seg fra denne forpliktelsen ved en skriftlig erklæring overfor fagforeningen.⁴¹ Det kan særlig være aktuelt f. eks. ved fusjon og omorganiseringer som har til formål å omgå en tariffavtale. Dette har

³⁸ Jf. Jakhelln 2006 s. 572.

³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 338.

⁴⁰ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 271.

⁴¹ Jf. Fougner/ Holo 2006 s. 962.

som følge at det må tas stilling til om det foreligger et annet grunnlag for tariffavtalens overgang, i de tilfeller ny arbeidsgiver ikke ønsker å tre inn i avtalen.⁴²

Departementet vurderte også betydningen til aksjelovens regler om fusjon for tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse. Etter en gjennomgang av betydningen av aksjelovens kontinuitetsprinsipp og rettspraksis, konkluderte departementet med at det ikke foreligger grunnlag for å trekke en generell konklusjon om at kontinuitetsprinsippet gjelder for tariffavtaler i alle typer virksomhetsoverdragelser. Etter departementets syn er dette fortsatt et spørsmål som må avklares konkret for hvert enkelt tilfelle.⁴³

Det var med andre ord ikke meningen å gjøre endringer i forhold til det som skal gjelde ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13. Om forholdet til aksjelovens regler uttaler departementet:⁴⁴

” Videre vil forslaget ikke få betydning i forhold til hva som skal gjelde ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13. Dette vil fortsatt måtte bero på en tolkning av generalsuksesjonsklausulen i aksjeloven. Dersom arbeidsgiver ikke av eget ønske velger å overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale, vil spørsmålet om tariffavtaleovergangen fortsatt måtte avgjøres ut i fra en konkret vurdering i den enkelte sak.”

Som nevnt ovenfor omfattes fusjon som sikker rett av bestemmelsene i § 16-2 (2).

Som følge av dette kan denne bestemmelsen etter min vurdering også tolkes som direkte argument for en regel om tariffbundethet ved fusjon.

⁴² Jf. Jakhelln/ Aune 2006 s.1082.

⁴³ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 268.

⁴⁴ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 271.

2.4 Fusjon – mer enn en "reell overdragelse"

Fusjon av selskaper karakteriseres ved at et selskap overdrar sin samlede eller del av virksomhet som en helhet til et annet selskap mot at vederlag fra det overtakende selskap ytes direkte til aksjeeierne i det overdragende selskap. Vederlag vil oftest bestå av aksjer i det overtakende selskap, eventuelt med et tilleggsvederlag i annet enn aksjer. Etter gjeldende lov er det et vilkår for at lovens regler finner anvendelse at vederlaget til aksjeeierne i det overdragende selskap består av aksjer i det overtakende selskap eller slike aksjer med et tillegg som ikke overskrider 20 prosent.

I daglig tale brukes fusjonsbegrepet i en mer omfattende betydning enn fusjonsbegrepet i aksjelovgivningen. Undertiden brukes det som uttrykk for sammenslutningsalternativer som faller utenfor aksjelovgivningens anvendelsesområde.

Fusjon kan gjennomføres på en rekke forskjellige måter og ved bruk av forskjellige rettslige teknikker. Fusjon kan for eksempel gjennomføres ved at eieren av et foretak kjøper eller leier et annet foretak og føyer det sammen med det han har fra før.

Et annet eksempel er konserndannelse ved at et aksjeselskap tegner aksjer i et annet selskap i en så stor utstrekning at det sistnevnte selskap blir et datterselskap, jf. aksjeloven § 1-3.

En slik transaksjon følger reglene om overdragelse av aksjer i kapittel 4. Konserndannelse kan også skje ved at et aksjeselskap gis rett til å tegne aksjer ved forhøyelse av aksjekapitalen i et annet selskap i så stor utstrekning at det sistnevnte selskap blir et datterselskap, jf. aksjeloven § 1-3.

En slik transaksjon følger reglene om overdragelse av aksjer i kapittel 10.⁴⁵

Fusjon etter aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13 er et mer begrenset begrep enn fusjon av foretak som nevnt, og omfatter bare formell sammenslåing av norske aksje- og allmennaksjeselskaper etter reglene i kapittel 13. Reglene i de to lovene er på de fleste punkter like, og omfatter bar formell fusjon av aksjeselskaper. Aksjelovens kapittel 13

⁴⁵ Jf. NOU 1992: 29 punkt 15.2.1 og Aarbakke m.fl. 2000 s. 633.

gjelder ikke fusjon mellom et aksjeselskap som er underkastet norsk rett og et aksjeselskap som er underkastet et annet rettssystem. En slik fusjon kan gjennomføres, men den reguleres i tilfelle for det norske aksjeselskaps vedkommende av de allmenne regler i kapittel 16 respektive kapittel 10 eller kapittel 2 som er nevnt ovenfor.⁴⁶

Aksjelovens bestemmelser er primært laget for horisontal fusjon, det vil si fusjon av aksjeselskaper som befinner seg på samme selskapsrettslige nivå. Horisontal fusjon skjer enten ved at et eksisterende selskap opptar et eller flere andre selskaper i seg (fusjon ved opptak), eller ved at et nystiftet selskap opptar et eller flere eksisterende selskaper (fusjon ved nystiftelse). Ved fusjon ved opptak fortsetter det overdragende selskap i det overtakende selskap, men det overdragende selskap slutter å eksistere som selvstendig rettssubjekt. Ved nystiftelse derimot, stiftes det et nytt selskap (nytt rettssubjekt). Fusjon ved opptak og nystiftelse reguleres av asl./asal. § 13-2. Aksjelovgivningen har i tillegg særbestemmelser om vertikal fusjon, som innebærer fusjon innen et konsern, hvor et datterselskap fusjoneres inn i morselskapet (fusjon nedover i et konsern), jf. asl. § 13-23 og asal. § 13-24. Vertikal fusjon oppover i et konsern, ved at et morselskap fusjoneres i et datterselskap, hvor altså datterselskapet er overtakende selskap, kan imidlertid gjennomføres etter aksjelovens regler for horisontal fusjon. Det samme gjelder også for andre konsernforhold når de spesielle reglene i §§ 13-23 og 13-24 ikke kan anvendes.⁴⁷

⁴⁶ Jf. Aarbakke m.fl. 2000 s. 635.

⁴⁷ Jf. Aarbakke m.fl. 2000 s. 634.

3 Selskapsrettslige regler

3.1 Oversikt

I det følgende vil ordlyden i §§ 13-2 og 13-16 første ledd nr. 3 og kontinuitetsprinsippet gjennomgås. Det sentrale spørsmålet i denne sammenheng er om aksjelovens regler om fusjon og det implisitte kontinuitetsprinsippet danner et selvstendig grunnlag for at tariffavtalen som sådan blir bindende for den overtakende parten ved fusjon.

3.2 Aksje- og allmennaksjelovens regler og kontinuitetsprinsippet

3.2.1 Kontinuitetsprinsippets bakgrunn og innhold

Aksje- og allmennaksjelovens kapittel 13 bygger, som tidligere nevnt, på et såkalt kontinuitetsprinsipp som innebærer at det overtakende foretaket trer inn i det overdragende foretakets rettsforhold.⁴⁸

De første aksjeselskapslovene - aksjeloven av 1910 og skipsaksjeloven av 1916⁴⁹ - hadde trekk av kontinuitet. En beslutning om ”overdragelse av et aksjeselskaps formue som helhet [...] til et aksjeselskap mot vederlag i aksjer i dette” kunne skje med to tredjetalls flertall.⁵⁰ Den formen av sammenslutning som loven av 1910 regulerte, var en fusjon ved overtakelse, men loven brukte ikke dette begrepet.

Kontinuiteten ble for det første knyttet til at formuen i selskapet ble i sitt hele overdratt i kraft av fusjonen. I tillegg innebar kontinuiteten et vederlag i aksjer i det overtakende

⁴⁸ Jf. Andenæs 1998 s. 441 om kontinuitet som ”juridisk konstruksjon”.

⁴⁹ Lov om aktieselskaper av 19. juli 1910 nr. 1 og lov om skibaktieselskaper av 26. juli 1916 nr. 9.

⁵⁰ Aksjeloven av 1910 §§ 83 og 84 og aksjeloven av 1916 §§ 82, 83 og 84.

selskapet til aksjeeierne i det overdragende selskapet. Disse reglene gjaldt ikke kontinuitet for det overdragende selskapets forpliktelser.⁵¹

Aksjeloven av 1976⁵² innførte begrepet ”fusjon” i lovteksten. I forarbeidene til aksjeloven av 1976 brukte departementet det tyske universalsuksessjonsprinsippet som modell for å definere innholdet i det norske kontinuitetsprinsippet.⁵³ Departementet uttaler:

”I fremmed rett synes det som om fusjonsreglene ofte bygger på kontinuitetssynspunkter. Dette er blant annet helt klart etter tysk rett[...] Etter departementets oppfatning bør det også i norsk aksjerett tas som utgangspunkt at et selskap ved fusjon kan overdra alle rettigheter – også de rettigheter som ikke er overførbare” (s. 201).

Videre under punkt 4.14.3 a) uttaler departementet:

” De fusjonerende selskaper kan med andre ord ikke begrense fusjonen slik at enkelte avtaler holdes utenfor fusjonen med den begrunnelse at de anses uheldige. Dette er regelen etter tysk rett og må bli regelen også etter norsk rett når det bygges på den foran nevnte utgangspunkt” (s. 201-202).

Bestemmelsen om fusjon i denne loven introduserte et kontinuitetsprinsipp som forutsatte kontinuitet i alle rettighets- og forpliktelsesposisjoner. At fusjonsreglene i nåværende aksjelov av 1997 kapittel 13 bygger på et tilsvarende kontinuitetsprinsipp, følger direkte av ordlyden i § 13-2 første ledd og lovens forarbeider.⁵⁴ Aksjelovens § 13-2 bygger videre på § 14-1 (senere § 14-1 a) i aksjeloven av 1976, og medfører ingen endring i kontinuitetsprinsippet ved fusjon.

⁵¹ Jf. Gjertsen 1999 s. 28 og 29.

⁵² Lov av 4. juni 1976 nr. 59.

⁵³ Jf. Ot.prp. nr.19 (1974-1975) s. 201 og 202.

⁵⁴ Jf. NOU 1992: 29 s.197, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 129 og NOU 1996: 3 s.172.

Aksjelovens regler om fusjon innebærer altså at det overdragende selskapets rettigheter og forpliktelser i sin helhet overtas av det overtakende selskap etter kontinuitetsprinsippet.

Aksjeloven av 1976 § 14-1 fastsatte at et aksjeselskap ”kan overdra eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet til et annet aksjeselskap mot at aksjeeierne får aksjer i det overtakende selskap.” Frem til reglene om fusjon av 1976 ble innført, var fusjon behandlet i aksjelovens kapittel om oppløsning av selskaper.

I Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201 uttaler departementet at disse reglene ikke uten videre passer ved fusjon, siden det ligger forskjellige mekanismer til grunn for vanlig oppløsning av selskap og for fusjon.

I denne sammenheng uttrykker departementet:

”Det karakteristiske ved fusjon i motsetning til vanlig oppløsning er at selskapets virksomhet skal fortsettes som ledd i en større juridisk enhet. Mens det ved vanlig oppløsning klart er riktig å anvende opphørssynspunktet, vil det ved fusjon være grunn til å understreke den kontinuitet som vil foreligge med hensyn til selskapets virksomhet.

Med utgangspunkt i dette forhold er det - som påpekt av Norges Industriforbund – grunn til å reise spørsmålet om ikke selskapets medkontrahenter i regelen må godta at de i forbindelse med fusjon får en annen medkontrahent, dvs. at man ikke anvender de opphørssynspunkter som ellers anvendes ved oppløsning [...] Foruten kredittavtaler får problemstillingen betydning bl.a. for arbeidsavtaler[...] Anvender man de kontinuitetsbetraktninger som nevnt foran vil avtaler fortsatt bestå etter fusjonen.”

Departementet konkluderte med at det burde tas ”som utgangspunkt at et selskap ved fusjon kan overdra alle rettigheter - også de rettigheter som ellers ikke er overførbare” (s.201).

Det ble imidlertid samtidig uttalt at det var nødvendig å foreta enkelte presiseringer og modifikasjoner, deriblant at de ”*aksjerettslige regler for fusjon vil måtte vike for bestemmelser i andre lover som tillegger fusjonen andre virkninger enn aksjeloven selv*” (s. 202 punkt d). På det tidspunktet var ikke de arbeidsrettslige regler om virksomhetsoverdragelse innført i arbeidsmiljøloven. Modifikasjonen har imidlertid ikke mistet sin aktualitet gjennom rettsutviklingen som har kommet senere.

Kontinuitetsprinsippet gjelder fortsatt som et hovedprinsipp, men ikke unntaksfritt.

Videre på s. 204 i proposisjonen drøfter departementet det offentliges og de ansattes interesser ved fusjon. I den forbindelsen uttalte departementet følgende:

” Det er riktig at utkastet ikke inneholder bestemmelser som særlig gjelder de ansattes interesser i forbindelse med fusjon. De ansatte vil imidlertid ta del i beslutningsprosessen i medhold av andre bestemmelser som gjelder om de ansattes representasjon i styre og bedriftsforsamling [...] Dessuten vises til det som er anført foran om rett og plikt for det oppløsende selskap til å overdra rettigheter og forpliktelser i forbindelse med fusjonen. Dette vil føre til at arbeidsavtaler i utgangspunktet skal gjelde overfor det nye selskap.”

Disse uttalelsene i proposisjonen viser at bestemmelsene om fusjon i aksjeloven av 1976 bygde på et kontinuitetsprinsipp som forutsatte at ”hele virksomheten med alle rettigheter omfattes av fusjonen”(s. 201). Videre ble det uttrykkelig forutsatt at ”arbeidsavtaler” i utgangspunktet skal gjelde i forhold til det nye selskapet. Ut fra en objektiv språklig forståelse og alminnelig arbeidsrettslig terminologi, dekker dette uttrykket kun de individuelle arbeidsavtaler. Forarbeidene til aksjeloven av 1976 og aksje- og allmenn-aksjeloven av 1997 inneholder ikke uttrykkelige uttalelser om tariffavtalens stilling ved fusjon, men tariffavtaler er heller ikke unntatt fra utgangspunktet om kontinuitet.

Det at forarbeidene ikke gir holdepunkter for at rettigheter og forpliktelser etter tariffavtalen skal være unntatt, synes også å ha bli lagt til grunn av Arbeidsretten i

Hakondommen. Arbeidsretten bemerket først på bakgrunn av uttalelsene i proposisjonen at bestemmelsene om fusjon i aksjeloven av 1976 bygde på et kontinuitetsprinsipp som forutsatte at hele virksomheten med alle rettigheter ble omfattet av fusjonen.⁵⁵ Det ble videre lagt vekt på at proposisjonen ikke gir holdepunkter for det motsatte, altså at tariffmessige rettigheter og forpliktelser er unntatt fra de virkningene som følger av fusjonen.⁵⁶ Arbeidsretten anså som en hovedregel kontinuitet som utgangspunkt ved fusjon. Av dette kan det utledes at når tariffmessige rettigheter og forpliktelser ikke er uttrykkelig unntatt, må det naturlige utgangspunktet være kontinuitet.

I den juridiske teori er det delte meninger om tariffavtalen som sådan overføres i kraft av fusjonen.

Skåre⁵⁷ kommenterer innholdet i § 14-1 i aksjeloven av 1976. Han uttaler at ved en fusjon etter aksjelovens regler videreføres rettigheter og plikter selv om disse ikke kan overdras etter de alminnelige obligasjonsrettslige regler. Fusjonsreglene og det implisitte kontinuitetsprinsippet åpner med andre ord for en overdragelse som ellers ikke følger av alminnelige regler. Han understreker videre at denne overdragelsesmuligheten vil få betydning blant annet for overdragelse av rettigheter etter arbeidsavtalen.

Videre understrekes det at denne overdragelsesmuligheten kan skape enkelte vanskeligheter, blant annet ved tariffavtaler. Det kan være en ulempe for det overtakende selskap å måtte operere med flere tariffavtaler. Skåre uttaler at i slike situasjoner må harmonisering søkes oppnådd ved avtale. Av dette kan det utledes at selv om denne overdragelsesmuligheten kan føre til enkelte vanskeligheter ved overføring av tariffavtalen som sådan, er dette ikke et sterkt nok argument for å unnta tariffavtaler fra overdragelsen.

⁵⁵ Jf. Hakondommen s. 11.

⁵⁶ Jf. Hakondommen s. 11.

⁵⁷ Skåre 1976 s. 280.

Denne oppfatningen er opprettholdt av Skåre også i de senere kommentarutgavene til aksjeloven av 1976.⁵⁸

Det er imidlertid likevel verdt å merke seg at i de siste to kommentarutgavene av aksje- og allmennaksjeloven⁵⁹ ikke finnes de samme oppfatninger om tariffavtalens stilling ved fusjon som finnes i de tidligere ovennevnte kommentarutgaver.

Skåres synspunkt om tariffbundethet ved fusjon er delt av flere i juridisk teori. Aarbakke⁶⁰ støtter Skåre/Knudsens syn på at tariffavtalen som sådan må anses som bindende for det overtakende selskap ved fusjon av aksjeselskaper ved opptak. Det kan i tillegg bemerkes at hans synspunkt om problemstillingen i den ovennevnte artikkelen ikke videreføres i hans kommentarutgaver til aksje- og allmennaksjeloven av 2000 og 2004. Her velger han å uttale seg generelt om kapittel XII A i daværende arbeidsmiljølov av 1977, og forholder seg taus rundt reglene om tariffavtalens stilling ved fusjon.⁶¹

Evju⁶² har delt samme oppfatning, og uttalte at tariffavtalen ikke faller bort hvis et aksjeselskap i sin helhet overdras til et annet aksjeselskap. Han viser i denne sammenheng til Arbeidsrettens avgjørelse inntatt i ARD 1983 s. 6.

I kommentarene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 73 b⁶³ er det henvist til Evjus ovennevnte uttalelse uten noen nærmere kommentarer rundt dette.

Evju har i de senere år nyansert sitt syn og uttrykt klarere skepsis til at erverver skal være bundet av overdragers tariffavtale. Han viser til at det finnes særtrekk ved tariffavtaler som taler mot at erverver blir bundet av overdragers tariffavtaler ved fusjon etter aksjelovens

⁵⁸ Jf. Skåre 1980 s. 280, Skåre/Knudsen 1987 s. 342 og Skåre/Knudsen 1991 s. 342.

⁵⁹ Jf. Aarbakke m.fl. 2000 og Aarbakke m.fl. 2004.

⁶⁰ Jf. Aarbakke 1987 s. 178 -179.

⁶¹ Jf. Aarbakke m.fl. 2000, s. 644 og Aarbakke m.fl. 2004, s. 787.

⁶² Jf. Evju 1984 s.260.

⁶³ Jf. Friberg m.fl. 1998 s. 568.

regler, og viser i denne sammenheng særlig til de kompliserte parts- og medlemsrelasjoner i et tarifforhold.⁶⁴

Sture⁶⁵ tar utgangspunktet i at det i juridisk teori er lagt til grunn som en selvfølge at tariffavtalen overføres ved fusjon ved opptak. Videre drøfter han om dette også gjelder fusjon ved nystiftelse, da denne typen fusjon også faller inn under aksjelovens regler etter § 14-7. Han konkluderer med at denne regelen ikke kan anvendes på fusjon ved nystiftelse. Han hevder at denne typen fusjon har mye til felles med de rene overdragelsestilfellene når det gjelder det nye selskaps identitet. Man står overfor et helt nytt selskap, og det mest naturlige er at dette selskapet ikke skal være bundet av den tidligere arbeidsgivers tariffavtaler. Begrunnelsen for et slikt syn fant han etter en tolkning av ARD 1983 s. 6 og ARD 1966 s. 45. Som det tidligere er det gjort rede for vil disse dommene i dag ikke ha relevans for de fusjonstilfellene som gjennomføres etter aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13, og uttalelsene til Sture kan av disse grunner sies å ha mindre betydning.⁶⁶ I tillegg skiller bestemmelsene i aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13 ikke mellom fusjon ved opptak og fusjon ved nystiftelse.

Jakhelln⁶⁷ drøfter tariffavtalens posisjon ved overføring av virksomhet i det vesentligste ut fra et "lege ferenda" synspunkt. Etter å ha drøftet de ulike reelle hensyn, konkluderer han med at den mest hensiktsmessige regelen ved virksomhetsoverdragelse, er at den nye arbeidsgiveren blir bundet av den tariffavtalen som var gjeldende for den overdragende arbeidsgiver. Jakhelln drøfter ikke spesielt fusjonstilfellene etter aksjelovens regler. Hans syn er også lagt til grunn i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.⁶⁸

⁶⁴ Jf. Fougner 1999 s.78 under note 63.

⁶⁵ Jf. Sture 1988 s.190.

⁶⁶ Jf. denne oppgavens punkt 1.2 der det ble redegjort for relevansen av disse dommene.

⁶⁷ Jf. Jakhelln 2004 s. 510.

⁶⁸ Jf. NOU 1996:6 s. 52.

Andenæs⁶⁹ drøfter situasjoner hvor det er avtalt eller lovbestemt at rettigheter ikke skal overdras ved virksomhetsoverdragelse.

I en slik situasjon skal avtalen eller loven tolkes på bakgrunn av kontinuitetsprinsippet som ofte vil tilsi at særlige holdepunkter må kreves for å legge diskontinuitet til grunn.⁷⁰ I tråd med Andenæs sin uttalelse kan det hevdes at det kreves "særlige holdepunkter" for å legge diskontinuitet til grunn, og at avtale eller lov ikke er tilstrekkelig for at et eventuelt prinsipp om videreføring av tariffavtalen skal fravikes.

Undertiden blir også det motsatte synspunktet hevdet. Fougner⁷¹ foretar en omfattende drøftelse av betydningen av aksjelovens regler om fusjon ved virksomhetsoverdragelse, og konklusjonen hans er at rettstilstanden er åpen når det gjelder tariffbundethet ved fusjon. Han konkluderer (på side 79) med at ingen av forfatterne som har lagt til grunn at tariffbundethet overføres ved fusjon, har drøftet betydningen av tariffavtalens komplekse organisatoriske forhold. En av særegenhetene ved tariffavtaler generelt, er som tidligere nevnt, at de binder både tariffpartene og medlemmene. I en slik situasjon hvor den overdragende part er bundet av tariffavtalen gjennom medlemskap i en arbeidsgiverforening, er det tariffbundethet i form av et medlemskap, og ikke selve tariffavtalen, som eventuelt overføres. Fougner mener at dette medlemskapet ikke uten videre lar seg overføre, dette på grunn av at medlemskapet ikke er en alminnelig forpliktelse.⁷² Avslutningsvis understreker han at det er Arbeidsrettens oppgave å ta endelig stilling til dette spørsmålet.

Slik jeg tolker Fougner, finner han at det ikke er plass for en alminnelig regel om tariffbundethet ved fusjon, da det kan oppstå komplekse omstendigheter i overføringssituasjoner, og at hver situasjon bør vurderes særskilt.

⁶⁹ Jf. Andenæs 1998 s. 457.

⁷⁰ Jf. Ot.prp. nr.19 (1974-1975) s. 201.

⁷¹ Jf. Fougner 1999 s. 73 flg.

⁷² Jf. Fougner 1999 s. 80.

Dette synspunktet opprettholder Fougner også i senere litteratur. I ”Omstilling og nedbemanning”⁷³ drøfter Fougner betydningen av aksjelovens regler om fusjon ved virksomhetsoverdragelse, i lys av premissene i Hakondommen. Under drøftelsen av problemstillingen bemerker han (på side 154) at for å løse spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon, er det ikke nok å tolke aksjelovens regler. I tillegg må det vurderes om det foreligger forhold knyttet til avtalen som eventuelt kan være til hinder for en overdragelse. En slik vurdering bør foretas individuelt og med bakgrunn i kontinuitetsprinsippet.

Her er det på nytt poengtert at det finnes forhold knyttet til tariffavtalen som kan føre til at den ikke kan bli bindende for den nye innehaveren, og viser i denne sammenheng til hensynene som Arbeidsretten la til grunn i Securitasdommen.⁷⁴ Fougner konkluderer (på side 156) med at

”... betydningen av aksjelovens kontinuitetsprinsipp vil bero på en konkret vurdering av forhold knyttet til disposisjonens art og tariffmessige forhold knyttet til overdragende og ervervende selskap og den tariffavtale som tvisten gjelder, herunder av overordnede tariffrettslige regler om vilkår for at tariffavtalen skal kunne gjøres gjeldende.”

Det er grunn til å merke seg at aksjelovgruppen, under sine ”alminnelige merknader om fusjon”, åpner for at kontinuitetsprinsippet ikke gjelder for spesielle kontraktstyper.⁷⁵

”Verken aksjeloven eller EFs tredje selskapsdirektiv har bestemmelser om selskapenes kontraktsparter ved fusjon. Begge regelsett bygger på den forutsetning at en fusjon ikke er et kontraktsbrudd. I aksjelovens forarbeider er forutsatt at en kontraktspart etter omstendighetene kan påberope fusjonen som brist i en vesentlig forutsetning for kontrakten, slik at han kan heve denne. Det er også forutsatt at særregler for spesielle kontraktstyper kan lede til at fusjonen kan påberopes som

⁷³ Jf. Fougner m.fl. 2003 s. 153 flg.

⁷⁴ Jf. Securitasdommen s. 42.

⁷⁵ Jf. NOU 1992: 29 s. 198.

bortfallsgrunn. Slike regler kan også følge av den enkelte kontrakt eller en rimelig tolkning av denne.”

En måte å tolke denne uttalelsen på, kan være at tariffavtaler, på grunn av sin særegenhet, ikke overføres ved fusjon. På en annen side fremstår rekkevidden av reservasjonen imidlertid usikker, og tariffavtaler er ikke spesielt nevnt. I Hakondommen la Arbeidsretten ikke vekt på denne uttalelsen, da det ble uttrykt at den ikke ga konkret veiledning for løsningen av den aktuelle problemstilling.⁷⁶

Etter en gjennomgang av forarbeider og litteratur, fremstår det ikke klart om kontinuitetsprinsippet innebærer en videreføring av tariffavtaler. Essensen i kontinuitetsprinsippet er at hele virksomheten, med alle rettigheter, omfattes av fusjonen. Dersom man legger til grunn et utgangspunkt om kontinuitet, der alle rettigheter og forpliktelser overføres, er det mest nærliggende å forstå dette som støtte for en regel om videreføring av tariffbundethet ved fusjon. Dette fordi at etter en tolkning av kontinuitetsprinsippets innhold kan man etter min mening ikke utlede diskontinuitet for tariffavtaler i alminnelighet. Hvis hensikten til lovgiverne hadde vært å unnta tariffavtalen fra overdragelsen, ville det mest naturlige vært å presisere dette i forarbeider eller i lovtekst. Siden det ikke finnes uttrykkelige støttepunkter i lov, forarbeider eller andre rettskilder for å begrense kontinuitetsprinsippets innhold, og fordi det hersker usikkerhet om reservasjonene forarbeidene legger opp til kan knyttes til tariffavtaler, er det mest naturlig å falle tilbake på utgangspunktet om kontinuitet.

⁷⁶ Jf. Hakondommen s.12.

3.2.2 Aksje- og allmennaksjelovens § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr.3 - ordlyd

Fusjonsreglene i aksjelovens kapittel 13 gjelder der et selskap opphører å eksistere som selvstendig rettssubjekt og går opp i et annet fra før eksisterende selskap (fusjon ved opptak), og der to eller flere selskaper opphører og oppstår som nytt selskap (fusjon ved nystiftelse). Aksjelovgivningen om fusjoner er i henhold til EØS-avtalen tilpasset EUs tredje selskapsdirektiv.⁷⁷ Direktivet gjelder kun allmennaksjeselskaper, og det foreligger dermed ingen plikt til slik tilpasning for så vidt gjelder aksjeselskaper. Kapittel 13 i aksjeloven svarer imidlertid stort sett til allmennaksjeloven kapittel 13, og oppfyller i hovedsak de krav som følger av EUs tredje selskapsdirektiv.⁷⁸

§ 13- 2 første ledd lyder som følger:

”sammenslåing av selskaper er undergitt reglene om fusjon i kapitlet her når et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet ...”.

Det følger videre av § 13-16 første ledd nr 3 at når fusjonen er registrert, inntreffer følgende virkninger av fusjonen:

”det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser er overført til det overtakende selskapet”.

Disse reglene bygger på det kontinuitetsprinsippet som er behandlet ovenfor under punkt 3.2.1.

Ordlyden i bestemmelsene refererer seg til rettigheter og forpliktelser som helhet, men loven definerer ikke nærmere innholdet i denne passusen. Det er på det rene at tariffavtaler inneholder både rettigheter og forpliktelser, og ut fra en objektiv språklig forståelse faller

⁷⁷ 77/855/EØF- om fusjon av åpne aksjeselskaper.

⁷⁸ Jf. NOU 1996: 3 s. 82. flg.

tariffavtaler inn under denne ordlyden. På den andre siden vekkes usikkerhet om tariffavtaler faller under ordlyden, da loven ikke gir klart uttrykk for dette.

For å definere innholdet i bestemmelsene, vil forarbeidene spille en viktig rolle sammen med Arbeidsrettens praksis.

Som nevnt ovenfor, inneholder verken forarbeidene til aksjeloven fra 1976, eller fra 1997, uttrykkelige uttalelser om tariffavtalens stilling ved fusjon.⁷⁹ Spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon etter kapittel 13 (i sin rene form), ble for første gang behandlet av Arbeidsretten i Hakondommen.

Spørsmålet om forholdet til den tidligere aksjelovens § 14-1 ble riktignok streift i Securitasdommen, men fordi den konkrete saken ikke gjaldt en fusjon etter aksjelovgivningens regler, presiserte retten at det ikke var nødvendig å gå inn på dette.⁸⁰

I Hakondommen viser Arbeidsretten først, på side 9, at tariffavtalens stilling ved fusjon ikke er uttrykkelig lovregulert. Med dette bygger retten opp til at spørsmålet om videreføring av tariffavtalen vil bero på en tolkning.

Etter å ha drøftet andre mulige grunnlag, tok retten utgangspunktet i ordlyden i § 13-2 første ledd, og en objektiv forståelse av denne:

”Etter en vanlig språklig forståelse utvilsomt dekker de tariffmessige rettigheter og plikter som følger av et selskap er tariffbundet. Retten kan ikke se at aksjelovens forarbeider og forhistorie gir grunnlag for at det utgangspunkt ordlyden her danner, i alminnelighet kan fravikes i forhold til rettigheter og forpliktelser som bygger på tariffavtaler...”(s.10).

⁷⁹ Jf. drøftelsen av forarbeidenes uttalelser under punkt 3.2.1.

⁸⁰ Jf. punkt 4.1 hvor denne dommens betydning for problemstillingen gjennomgås.

Arbeidsretten var av den oppfatning at forarbeidene og forhistorien til aksjeloven ikke gav grunnlag for en annen løsning enn den som følger av ordlyden i loven. Dette kan også tolkes som et uttrykk for at forarbeidene fremstår nøytrale, og at det dermed ikke finnes noen hindringer for å legge vekt på den objektive forståelsen av ordlyden i aksjelovens bestemmelser.

Arbeidsretten fant ved en fortolkning, at tariffavtalen faller inn under ordlyden i aksjelovens regler. Dette resultatet som Arbeidsretten kom fram til i denne avgjørelsen, vil spille en viktig rolle ved en senere tolkning av innholdet i aksjelovens bestemmelser.

Etter min mening er det vanskelig å konkludere hva ordlyden i aksje- og allmennaksjeloven gir uttrykk for. Forarbeidene nevner ikke uttrykkelig tariffavtaler, og derfor kan det stilles spørsmål til om tariffavtaler omfattes av de rettigheter og forpliktelser som overføres i kraft av fusjonen. På den andre siden: Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden eller forarbeidene at tariffavtaler omfattes av bestemmelsene, er det etter min vurdering likevel naturlig å legge vekt på den objektive forståelsen av uttrykket ”rettigheter og forpliktelser”. Dette er ikke minst fordi Arbeidsretten i Hakondommen nettopp legger vekt på den objektive forståelsen av denne formuleringen.

4 Bakgrunnsretten – Rettspraksisens relevans og rekkevidde ved fusjon

4.1 ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen)

4.1.1 Saksforholdet i korte trekk

I denne saken ble det gjennomført en overdragelse mellom Autoguard A/S og Securitas A/S. De manuelle tjenester utført av Autoguard A/S ble overtatt av Securitas AS som ledd i en mer omfattende transaksjon. På tidspunktet for overdragelsen var vaktelskapet Autoguard AS bundet av den såkalte vekteroverenskomsten.⁸¹ De berørte arbeidstakere ble sagt opp fra stillingene i Autoguard A/S, og samtlige ble tilbudt ny stilling i Securitas A/S. I forbindelse med overdragelsen oppstod det tvist om vekteroverenskomsten. Det ble anført på vegne av de berørte arbeidstakere at overenskomsten fortsatt bestod. Arbeidsretten kom til at den nye innehaveren ikke var bundet av vekteroverenskomsten.

4.1.2 Dommens betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon

Arbeidsretten påpekte at Autoguard A/S fortsatt besto, og at det beholdt en fast eiendom med påhvilende pantgjeld. Overføringen til erverver omfattet selskapets øvrige gjeld og aktiva og dermed den virksomheten som Autoguard A/S drev på områdene tekniske og manuelle tjenester. Selv om overføringen omfattet vesentlige deler av virksomheten, var det her tale om en deloverdragelse som utvilsomt ikke var en fusjon etter bestemmelsene i daværende aksjelovens kapittel 14 (nå aksjelovens kapittel 13), og denne saken skiller seg klart fra fusjonstilfellene som faller under aksjelovens regler om fusjon.

⁸¹ Vekteroverenskomsten er en tariffavtale for manuelle tjenester i vaktelskap mellom Norsk Arbeidsgiverforening (N.A.F.) på den ene siden og Yrkesorganisasjonens Sentralforbund (YS) og Privatansattes Fellesorganisasjon (PRIFO) på den andre siden.

I tillegg var det også klart at det i denne saken ikke var tale om en pro forma transaksjon som tok sikte på å omgå aktuelle tariffavtaler. Overdragelsen var derfor å regne som en reell overdragelse.⁸²

Retten avgrenset uttrykkelig mot aksjelovens regler om fusjon, og uttalte at det ikke var nødvendig å gå inn på tariffavtalens stilling ved fusjon etter § 14-1. (s. 42)

Kontinuitetsprinsippet i aksjelovens regler fikk således ikke anvendelse i denne saken. Denne saken ble avgjort på bakgrunn av de alminnelige prinsipper som var lagt til grunn i tidligere praksis. Gjennom rettspraksis er det slått fast at ved slik reell overdragelse av virksomhet blir erververen ikke bundet av den tariffavtale overdrageren var bundet av.⁸³ Retten fant ikke at denne regelen kunne fravikes i denne saken.

Videre på s. 42 bemerket retten at spørsmålet om tariffavtalens stilling kan oppstå i en rekke ulike typer situasjoner, og at tariffavtalebildet er mer sammensatt enn arbeidsavtalers stilling ved virksomhetsoverdragelse. Disse variasjonsmulighetene som retten beskriver, kan ha overføringsverdi også ved fusjon. I Hakondommen åpner retten for modifikasjoner av utgangspunktet om videreføring av tariffavtalen ved fusjon.⁸⁴

Retten la til grunn at man heller ikke kunne utlede noe generelt prinsipp om tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse fra reglene i aksjeloven (daværende) kapittel 14:

”I saken her har PRIFO gjort gjeldende at aksjelovens § 14-1 og arbeidsmiljøloven § 60 nr. 3 må sees som uttrykk for et generelt prinsipp. Det følger av det som allerede er sagt, at dette ikke kan føre frem. Uansett hvilken betydning bestemmelsene i aksjelovens kapittel 14 måtte ha for tariffavtalens stilling ved slike fusjoner som går inn under kapitlet, kan det ikke av disse bestemmelsene eller av

⁸² Jf. Securitasdommen s. 42.

⁸³ Jf. Securitasdommen s. 42 hvor retten viser til ARD 1926 s. 3, ARD 1936 s.1, ARD 1951 s. 31, ARD 1966 s.45 og ARD 1974 s.35.

⁸⁴ Jf. punkt 4.2 hvor Hakondommen gjennomgås.

arbeidsmiljølovens § 60 nr 3 utledes et generelt prinsipp som får anvendelse ved en slik virksomhetsoverdragelse som den foreliggende.”⁸⁵ (side 42)

Selv om retten ikke uttalte seg direkte om betydningen av aksjelovens regler om fusjon i forhold til tariffavtaler, vil kommentarene som Arbeidsretten knytter til aksjelovens regler, kunne være et tolkingsmoment i vurderingen av rekkevidden av aksjelovens bestemmelse. Retten uttaler at det ikke kan utledes et generelt prinsipp av aksjeloven § 14-1 som får anvendelse for det aktuelle tilfelle av virksomhetsoverdragelse. Denne uttalelsen kan tolkes som et argument mot å gi bestemmelsene i kapittel 13 anvendelse på andre typer av virksomhetsoverdragelse enn formelle fusjoner.

I tillegg uttalte retten avslutningsvis:

” At en del spørsmål på denne måten er lovregulert, gir imidlertid ikke grunnlag for en alminnelig løsning av tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse på tvers av den rettsstilstand som er fastlagt gjennom rettspraksis. Endringer på dette felt bør i tilfelle skje lovgivningsveien.” (s. 42 - 43)

Arbeidsretten finner ikke grunnlag for en alminnelig løsning av tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse, dette ikke minst fordi spørsmålet kan oppstå i en rekke forskjellige situasjoner. Etter rettens mening, er det lovgiverens oppgave å eventuelt lovfeste hva som skal gjelde i forhold til tariffavtalens stilling ved forskjellige typer virksomhetsoverdragelse.

⁸⁵ Jf. Securitasdommen s. 42.

4.2 ARD 2001 s.1 (Hakondommen)

4.2.1 Saksforholdet i korte trekk

Hakon Gruppen AS hadde tidligere fem heleide datterselskaper. Disse var Hakon Nord AS, Hakon Bergen AS, Hakon Rogaland AS, Hakon Sør AS og Rimi Norge AS. Høsten 1999 ble de fem selskapene fusjonert etter bestemmelsene i aksjeloven kapittel 13, med Rimi Norge AS som overtakende selskap. Det nye selskapet fikk navnet Hakon Detalj AS. Hakon Gruppen AS var medlem av HSH, som igjen var part i Landsoverenskomsten mellom Landsorganisasjonen (LO) og Handel og Kontor (HK) på den ene siden og Handels og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) på den andre siden (LO/HK-HSH). Datterselskapene hadde ikke selvstendig medlemskap i HSH. Det heleide nye datterselskapet Hakon Detalj AS hadde heller ikke selvstendig medlemskap i HSH. Hakon Nord AS var på fusjonstidspunktet bundet av landsoverenskomsten LO/HK-HSH. Overenskomsten var etter tariffpartenes bestemmelse gitt anvendelse for blant annet butikk-, ekspedisjons- og kontorfunksjonærer ved selskapets kjøpesenter på Leangen i Trondheim. Det oppsto en tvist om overenskomsten etter fusjonen fortsatt skulle gjelde for disse stillingskategoriene ved bedriften.

Retten la til grunn at det overtakende selskapet var bundet av den tariffavtalen som det overdragende selskap var bundet av overfor de ansatte som ble overført i kraft av fusjonen.

4.2.2 Dommens betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon

I denne avgjørelsen drøftet Arbeidsretten hvilken betydning fusjonsreglene i aksjeloven kapittel 13 har for tariffavtalens stilling ved fusjon.

Tvistespørsmålet var, som nevnt ovenfor, om landsoverenskomsten under de foreliggende omstendigheter uten videre gjaldt for de nevnte stillingskategoriene etter fusjonen.

Arbeidsretten formulerte ikke problemstillingen tydelig. Selv om retten presiserte innledningsvis at den kun skal ta stilling til dette konkrete spørsmålet, valgte den likevel å

foreta en generell drøftelse av reglene om tariffbundethet ved fusjon, uten å fastslå noe generelt klart standpunkt til fusjonsreglenes anvendelse i forhold til tariffavtalen.

Retten uttaler seg direkte og generelt i forhold til utgangspunktet som aksjelovens bestemmelser om fusjon danner. Arbeidsretten understreker at etter en vanlig språklig forståelse av de aktuelle bestemmelsene, er det mest nærliggende å forstå at rettigheter og forpliktelser som bygger på tariffavtaler, omfattes av ordlyden. (s.10)

Videre søkte retten støtte for sin tolkning i forarbeidene til aksjeloven av 1976 og 1997. Etter en analyse av forarbeidene til aksjeloven av 1976 bemerket Arbeidsretten at bestemmelsene om fusjon i denne loven bygger på et kontinuitetsprinsipp som forutsetter at ”arbeidsavtaler” i utgangspunktet skal overføres til det nye selskapet. Departementet presiserer ikke i Ot. prp. nr. 19 (1974-1975) om ”arbeidsavtaler” også omfatter tariffavtalen som sådan. Selv om departementet ikke tar stilling til tariffavtalens skjebne ved fusjon, finner ikke Arbeidsretten holdepunkter i proposisjonen for ”at tariffmessige rettigheter og forpliktelser helt eller delvis skulle være unntatt fra de virkningene som fulgte av fusjon etter aksjeloven av 1976 § 14-1” (side 11). At aksjelovens regler av 1997 kapittel 13 bygger på det samme kontinuitetsprinsippet følger det direkte av ordlyden i §§ 13-2 første ledd og 13-16 første ledd nr 3.⁸⁶ Dette er også klart forutsatt i lovens forarbeider.⁸⁷

Retten viser også (på side 12) til generelle oppfatninger i litteraturen om tariffavtalens stilling ved fusjon etter aksjelovgivningens bestemmelser, og peker på at synspunktene i juridisk teori har vært ulike. I denne sammenheng vises det til at det i rettsteorien gjennomgående er lagt til grunn, at tariffavtalen følger med ved virksomhetsoverdragelse ved fusjon, men at det også finnes avvikende oppfatninger. Retten viser særskilt til

⁸⁶ Jf. drøftelsen av asl. /asal. §§ 13-2 og 13-16 og kontinuitetsprinsippet under punkt 3.2.

⁸⁷ Jf. Hakondommen s. 11 med henvisninger til NOU 1992:29 s. 197, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s.129 og NOU 1996:3 s.172. Jf. også oppgavens punkt3.2.2.

fremstillingen i Fougner, Arbeidsavtalen, 1999, s. 67 flg., hvor forfatteren, etter en ganske omfattende drøftelse holder konklusjonen ganske åpent.⁸⁸

Etter en gjennomgang av ordlyd, forarbeider og juridisk teori uttalte Arbeidsrettens flertall:

”Sammenfatningsvis vil Arbeidsretten på denne bakgrunn peke på at ordlyden i aksjelovens § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr. 3, bestemmelsens forarbeider og forhistorie, samt uttalelser i juridisk litteratur, gir støtte for at de rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskap er tariffbundet, overføres til det overtakende selskapet i kraft av fusjonen. Forarbeidene utelukker på den annen side ikke modifikasjoner på dette punkt ”(s.12).

Retten viser videre til at dette spørsmålet kan oppstå i en rekke ulike situasjoner, og refererer til de variasjonsmulighetene, som også er anvendelige på fusjonstilfeller, som Arbeidsretten beskrev i Securitasdommen på s. 42. Arbeidsretten åpner således for at det i noen tilfeller kan oppstå kompliserte spørsmål av både materiell og prosessuell karakter, dersom de tariffmessige rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskapet er tariffbundet, skal anses som overført til det overtakende selskapet.

På bakgrunn av disse uttalelsene kan dommen forstås som et uttrykk for at hovedregelen ved fusjon er, at erverver blir bundet av tariffavtalen i samme omfang som overdrager, men at det i praksis kan oppstå fusjonstilfeller som fører til unntak fra denne regelen. Om man står overfor en unntakssituasjon eller ikke, vil i så fall bero på en konkret vurdering av det enkelte fusjonstilfellet samt hvilke spørsmål av sammensatt karakter som kan oppstå i forbindelse med en fusjon. At utgangspunktet ved fusjon er videreføring av tariffavtalen selv om mer kompliserte spørsmål kan oppstå, kan også hevdes å fremgå av rettens drøftelse.

⁸⁸ Jf. oppgavens punkt 3.2.1 hvor denne framstillingen gjennomgås.

Retten uttaler:

”Det forhold at anvendelse av aksjelovens kontinuitetsprinsipp etter omstendighetene kan medføre vanskelige spørsmål av praktisk, materiellrettslig eller prosessrettslig karakter, kan imidlertid ikke medføre at prinsippet uten videre forkastes på dette felt” (s. 13).

I NOU 2004: 5 s. 394 ble Hakondommen tolket på en liknende måte. Selv om utvalget ikke finner at Arbeidsretten har trukket en entydig konklusjon på spørsmålet om kontinuitetsprinsippet også omfatter tariffavtalen, konkluderer de som følger:

Utgangspunktet må etter dette være at de rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskap er tariffbundet overføres til det overtakede selskap. Det kan imidlertid tenkes unntak fra dette utgangspunktet.

I vurderingen må det blant annet tas hensyn til eierforholdene i de fusjonerte selskapene, hvordan selskapenes tariffrettslige posisjoner er og hva som er grunnlaget for selskapenes tariffbundethet.”

Videre understreker Arbeidsretten at i denne konkrete saken dreier seg om en fusjon mellom heleide datterselskaper, og at fusjonen i utgangspunktet kun innebærer en rettslig og faktisk omorganisering av konsernets virksomhet (s.13). Flertallet bygger opp argumentasjonen ved å først slå fast regelen om tariffbundethet, for deretter å fremheve enkelte andre omstendigheter i den konkrete saken. Hvis man legger til grunn en tolkning av dommen som ovenfor, kan disse uttalelsene tolkes som et uttrykk for at det ikke foreligger noe hinder i den konkrete saken for at tariffavtalen videreføres.

Flertallet gikk videre og uttalte seg om den konkrete situasjonen i den aktuelle saken. Arbeidsrettens flertall bemerket først ”for ordens skyld” at ”det ikke er påberopt at landsoverenskomsten selv inneholder bestemmelser som avskjærer suksessjon av tariffmessige rettigheter og forpliktelser ved fusjon etter aksjelovens kapittel 13” (side 13).

Uttalelsen reiser tolkningsspørsmål. Det er usikkert hva retten mener å gi uttrykk for med denne formuleringen. Denne formuleringen kan vanskelig forstås som et uttrykk for at tariffpartene kan inngå en tariffavtale hvor fusjonsreglene settes til side. Den mest nærliggende måten å forstå dette på, er at det eksisterer tilfeller hvor tariffavtalen inneholder bestemmelser som kan forhindre at tariffavtalen som sådan binder erverver i kraft av fusjon. I Securitasdommen (på s. 42) uttrykkes det et liknende synspunkt om at organisasjonsmessige avtaler kan ha bestemmelser om vilkår for å gjøre en tariffavtale gjeldende for en bedrift. Dette tyder på at også forhold som er tilknyttet de konkrete tariffavtaler må ha betydning for om tariffavtalens overføres eller ikke. Med andre ord har spørsmålet om videreføring av tariffavtaler også en side til tariffavtalens egenart.

Dommen kan tolkes på flere måter. Denne dommen kan også forstås som et uttrykk for gjeldende rett for det spesielle fusjonstilfellet, som forelå i dommen.

Denne tolkningen kan ses i sammenheng med at flertallet understreket at forarbeidene til aksjeloven ikke utelukker modifikasjoner i forhold til utgangspunktet om tariffbundethet ved fusjon (s. 12). I tillegg uttrykker retten at konklusjonene i litteraturen, med noen få unntak, ikke bygger på noen dyptgående eller nyansert drøftelse av det sammensatte spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon (s. 12 og 13). Videre viser Arbeidsretten til den kompleksiteten som kan oppstå når en tariffavtale følger med ved fusjon og åpner for flere løsninger på spørsmålet om overføring av tariffbundethet ved fusjon. I tillegg var saksforholdet spesielt ved at den gjaldt fusjon mellom heleide datterselskaper i et konsern som i utgangspunktet innebar kun en rettslig og faktisk omorganisering av konsernets virksomhet. Dette førte til at den reelle eierstrukturen ikke ble påvirket (jf. s. 13).

Arbeidsretten trakk heller ikke noen entydig konklusjon på om tariffbundethet må bli løsningen i alle fusjonstilfeller, men nøyde seg med å fastslå at det overtakende selskap, i den konkrete saken, måtte anses som bundet av landsoverenskomsten i samme omfang som det overdragende selskap.

Hakondommen ble tolket på en liknende måte i forarbeidene til arbeidsmiljøloven. I NOU 2001: 14 på s. 52 utaler departementet følgende:

”Hva som gjelder hvis et aksjeselskaps virksomhet overdras i sin helhet til et annet aksjeselskap ved fusjon er ikke løst i praksis. Arbeidsretten har dog i sak nr. 32/2000 ut fra en konkret vurdering av sakens fakta kommet til at ved fusjon mellom to heleide datterselskaper i et konsern, ble det overtakende selskap bundet av tariffavtalen for så vidt gjelder de stillingsgrupper som var omfattet av tariffavtalen i det overdragende selskap. Retten ga uttrykk for at dette ikke var noe generelt standpunkt og at det kan tenkes andre løsninger i andre fusjonstilfeller.”

I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) legges det også til grunn den samme snevre forståelsen av dommen som i NOU 2001: 14. Her uttales det at:

”Det er etter dette ikke grunnlag for å trekke noen generell konklusjon om at generalsuksjesjonsklausulen i aksjeloven kapittel 13 i alle tilfeller skal gjelde for tariffavtaler. Dette er fortsatt et spørsmål som må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering i det enkelte tilfelle” (s. 268).

Av de ovennevnte forarbeidene kan det utledes at retten ga uttrykk for hva som er gjeldende rett i den konkrete saken, og samtidig tok høyde for at det kan foreligge fusjonstilfeller der det må gjøres unntak fra dette utgangspunktet om videreføring. Isolert sett gir altså dommen uttrykk for gjeldende rett ved fusjon ved opptak i et særskilt tilfelle.

Det kan også hevdes at resultatet i Hakondommen bygget på at fusjonen kun innebar en rettslig og faktisk omorganisering av konsernets virksomhet - en konsernintern omorganisering - og at den reelle eierstrukturen ikke ble påvirket. Dette er forhold som ville hatt betydning ved virksomhetsoverdragelse, uavhengig av aksjelovgivningens regler og dets kontinuitetsprinsipp.

I ”Omstilling og nedbemanning.”⁸⁹ på s. 155 hevdes det at ovennevnte uttalelser som retten kommer med på s.13, svekker den selvstendige betydningen av aksjelovens regler, siden

⁸⁹ Jf. Fougner m.fl. 2003 s. 153 flg.

erverver også etter de alminnelige rettslige prinsipper som følger av Securitasdommen og annen praksis fra Arbeidsretten, vil være bundet av overdragende selskaps tariffavtale ved en rettslig og faktisk omorganisering av virksomheten.⁹⁰ Videre uttrykkes det at deler av Arbeidsrettens vurderinger, herunder at overenskomsten ikke hadde bestemmelser som hindret suksessjon av de tariffmessige rettigheter og plikter, og at arbeidssituasjonen i de aktuelle stillingskategoriene i det vesentlige var den samme etter fusjonen, har likhetstrekk med vurderingen som foretas i Securitasdommen. Dette taler for at det reelt sett ikke vil være store materielle forskjeller dersom avgjørelsen hadde blitt basert på de ulovfestede prinsipper som gjaldt ved alminnelige virksomhetsoverdragelser (s. 155). Retten kunne antagelig ha begrunnet resultatet utelukkende ved hjelp av de prinsipper som følger av ulovfestet rett, og dette kunne følgelig ha svekket aksjeloven kapittel 13 sin vekt.

Slik dommen er formulert, er det vanskelig å trekke en klar konklusjon om hvorvidt tariffavtalen omfattes av kontinuitetsprinsippet i aksjeloven kapittel 13. Dommen gir uttrykk for et utgangspunkt om overføring av tariffbundethet ved fusjon. Dette innebærer ikke at tariffavtalen som sådan alltid og uten videre blir bindende for erverver på grunnlag av aksjelovens regler om fusjon. Hvor langt en eventuell regel om videreføring av tariffavtalen rekker, må vurderes ut fra konkrete komplikasjoner som kan oppstå i de enkelte fusjonstilfellene. I vurderingen må det blant annet tas hensyn til eierforholdene i de fusjonerte selskapene, hvordan selskapenes tariffrettslige posisjoner er og hva som er grunnlaget for selskapenes tariffbundethet.⁹¹ Hvilken tolkning av dommen Arbeidsretten kommer til å legge til grunn i senere saker, vil også ha betydning i forhold til spørsmålet om dommen kan anvendes som begrunnelse for en mer alminnelig regel om tariffbundethet ved fusjon. Dommen gjaldt i tillegg et tilfelle av fusjon i et konsern. Man vet ikke hvordan retten hadde argumentert hvis en part som ikke var tilknyttet konsernet, var involvert i fusjonen. Det kontinuitetsprinsipp som asl./asal. § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr. 3 legger opp til, innebærer imidlertid en videreføring av tariffavtalen ved fusjon uavhengig av om partene som er involvert i fusjonen er knyttet til samme konsern. Dette

⁹⁰ Jf. punkt 2.2.3 ovenfor hvor tariffavtalens stilling ved rettslig og faktisk omorganisering drøftes.

⁹¹ Jf. NOU 2004: 5 s. 394.

taler for at utgangspunktet om videreføring av tariffavtalen har også gyldighet utenfor det ”rene” tilfellet som forelå i Hakondommen. Måten som retten bygger opp argumentasjonen på, er etter min vurdering enda en grunn som taler for å gi dommens resultat og begrunnelse en viss virkning utover den konkrete saken.

Hvor stor betydning denne dommen skal tillegges ved senere avgjørelser er diskutabelt, siden dommen er uklar og kan tolkes på flere måter. I tillegg foreligger det ikke annen praksis som bygger på samme argumentasjon, og spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon er ikke uttrykkelig regulert i lovgivningen. Dommen er videre avsagt under dissens (5-2), og flertallet presiserte at det kun ble tatt stilling til det konkrete tilfellet som forelå i saken. Det er verdt å nevne at de tre fagdommerne i saken stemte for videreføring av tariffavtalen.

4.3 ARD 2004 s. 163

4.3.1 Saksforholdet i korte trekk

Det tidligere Arbeiderpressens Tarifforening (ATF) ble nedlagt pr. 31. desember 1999, og medlemsbedriftene ble tilsluttet NHO/Mediebedriftenes Landsforening (MBL) med virkning fra januar 2000.⁹² Overenskomsten LO/HK - NHO/MBL inneholdt elleve særbestemmelser for de bedrifter innen A-pressekonsernet som pr. 31. desember 1999 var omfattet av den overenskomsten ATF hadde med LO/HK. Dette gjaldt morselskapet A-pressen ASA og en rekke av dettes datterselskaper. Omorganiseringen berørte arbeidsoppgavene til 32 arbeidstakere innen syv av de åtte selskapene. I alt 15 søkere aksepterte ansettelse i A-pressen Tjenestesenter AS (APTS) som ble etablert som et heleid datterselskap i A-pressekonsernet som følge av den interne omorganiseringen i konsernet. De resterende 17 arbeidstakere valgte å fortsette sine stillinger i selskapet de jobbet før i. Våren 2004 hadde APTS 24 ansatte og 42 selskaper som kunder. Medieoverenskomsten LO/HK – NHO/MBL ble gjort gjeldende for APTS med virkning fra 1. januar 2003. Det

⁹² Jf. også presentasjon av faktum under punkt 2.2.3.

oppsto tvist om hvorvidt APTS i kraft av disse omstendighetene uten videre ble bundet av medieoverenskomsten i samme omfang som de åtte selskapene som avga arbeidsoppgaver og ansatte til bedriften.

Arbeidsretten kom enstemmig til at APTS er bundet av medieoverenskomsten og dens særbestemmelser.

4.3.2 Dommens betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon

Arbeidsretten tar utgangspunkt i prinsippet som er fastslått i Securitasdommen, om at det ved en reell overdragelse av virksomhet til en ny og selvstendig eier, blir erververen ikke bundet av den tariffavtalen overdrageren var bundet av.

Arbeidsretten legger til grunn at både stiftelsen av APTS og overføringen av arbeidsoppgaver til det nye selskapet var reelle transaksjoner, i den forstand at de ikke ble gjennomført pro forma for å omgå den gjeldende tariffavtalen. Men Arbeidsretten legger også til grunn at det ikke er tale om en ”reell overdragelse ” i den forstand dette har vært lagt til grunn i rettspraksis, men en rent faktisk og rettslig omorganisering av virksomhet innen konsernet. Det begrunner retten med at det foreligger *kontinuitet* i forhold til de tidligere virksomhetsgrener, og at det ikke ble gjennomført noen *definitiv* overdragelse av virksomhet, ”men en form for utsetting av tjenesteproduksjon som ensidig kan reverseres av hver av oppdragsgiverne.” Retten understreker også at APTS inngår i et konsernforhold ”med sterk grad av sentral styring og integrering” innad i konsernet, og at det ikke foreligger grunnlag for å betrakte APTS som en ny selvstendig bedrift utenfor konsernet. Både APTS og de andre åtte aktuelle bedriftene hadde i praksis samme eiere. Da var det heller ikke grunnlag for at ”morselskapet og de berørte datterselskaper ved slik faktisk og rettslig omorganisering skal kunne frigjøre seg fra sine tariffmessige forpliktelser.”

Videre drøfter Arbeidsretten om det eksisterer særegne forhold som skulle tilsi at APTS ikke blir bundet av medieoverenskomsten og dens særbestemmelser. For det første fant ikke retten som vesentlig moment for resultatet i dommen, at to av de åtte berørte

bedriftene ikke var bundet av medieoverenskomsten på det tidspunktet da APTS ble stiftet. Det som retten la vekt på var at de fleste av bedriftene, ”hovedtyngden”, var bundet av medieoverenskomsten og dens særbestemmelser og at de fleste arbeidstakerne var rekruttert fra disse bedriftene. I tillegg forelå det ikke andre særegne forhold som skulle føre til at APTS ikke uten videre ville bli bundet av medieoverenskomsten og dens særbestemmelser.

Denne avgjørelsen bekrefter den tradisjonelle hovedregelen som er fastslått i Securitasdommen, om at den ervervende arbeidsgiver ikke blir bundet av den overdragende arbeidsgivers tariffavtale ved en ”reell overdragelse” av virksomhet. Grensedragningen mellom reell overdragelse og ikke reell overdragelse har vært drøftet i rettspraksis. Retten finner støtte for sitt resultat i eldre rettspraksis, blant annet i ARD 1920 s. 21 s. 341. Disse dommene gjaldt ikke omorganisering i konsernforhold.

Men retten finner at de generelle uttalelser om at en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale er at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner, som Arbeidsretten gir i ARD 1920 s. 21 s. 341 på s. 344 også anvendes i et konsernforhold som i denne saken.

Evju⁹³ understreker at dette prinsippet blir ført videre i APTS-dommen - ”både med ”hovedtyngde”- synspunktet, og ved anvendelsen av den generelle normen på en konsernintern omorganisering. Videre uttales det at på dette punktet kan dommen også ses i sammenheng med Hakondommen. Evju legger til grunn at fusjonstilfellet som er drøftet i Hakondommen, reelt sett var en form for konsernintern reorganisering. Han understreker videre at morselskapet var den primært tariffbundne virksomheten, og retten tok ikke noe klart standpunkt til de selskapsrettslige fusjonsreglenes anvendelse i forhold til tariffavtaler. Han finner at rettens resonnement i Hakondommen har liknende trekk som i APTS-saken, og derfor kan den uten tvil tolkes i lys av denne.⁹⁴ Dommen om APTS kan ses på som et uttrykk for en regel om at som utgangspunkt blir den nye bedriften tariffbundet i denne

⁹³ Jf. Evju 2004 s. 14.

⁹⁴ Jf. Evju 2004 s. 14.

typen tilfeller. På lignende måte som i Hakondommen uttrykte retten seg med varsomhet og forbehold for ”særegne forhold”, forhold som kan ses på som refleksjoner av de mer generelle reservasjoner i Securitasdommen. Selv om hovedregelen i omorganiserings-tilfeller er overdragelse av tariffbundethet, er de tariffrettslige reguleringer så mangfoldige at det må holdes åpent for andre løsninger.

Denne dommen gjaldt ikke en fusjon i aksjelovgivningens reglers forstand, og dermed ble verken aksje- og allmennaksjelovens regler om fusjon eller Hakondommen drøftet. Som følge av dette, har denne dommen etter min oppfatning ikke noen direkte betydning for spørsmålet om tariffbundethet ved fusjon etter aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13.

Denne dommen kan derimot brukes som moment i tolkningen av Hakondommen.

I lys av APTS-saken og Evjus ovennevnte oppfatninger kan saksforholdet i Hakondommen ses på som en form for konsernintern omorganisering som kunne vært avgjort på samme grunnlag som APTS-saken, basert på den ulovfestede hovedregelen som er utviklet gjennom rettspraksis, om at tariffbundetheten overføres ved reell og faktisk omorganisering av virksomhet. Hvis en legger til grunn en slik forståelse av Hakondommen, vil ikke denne avgjørelsen ha stor anvendelseskraft i senere saker om fusjon etter aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13. Fougner⁹⁵ har tolket dommen på en liknende måte.

⁹⁵ Jf. Jf. Fougner m.fl. 2003 s. 153 flg.

5 Foreligger det hindre for en alminnelig regel om automatisk overgang av tariffbundethet i kraft av fusjon?

5.1 Oversikt

Som denne avhandlingen viser, er det ingen tvil om at problemstillingen om tariffbundethet ved fusjon er kompleks. I en overføringssituasjon i form av fusjon, kan det også oppstå kompliserte situasjoner i forhold til de aktuelle tariffavtaler og de involverte parter. Spørsmålet som skal bli forsøkt besvart i det følgende, er om særegne forhold knyttet til tariffavtalen oppstiller et hinder for en alminnelig regel om automatisk overføring av tariffbundethet for formelle fusjonstilfeller.

Av arbeidsmiljølovens regler fremgår det at i forbindelse med overdragelse av virksomhet fra arbeidsgiver som er bundet av tariffavtale, vil tariffavtalen som sådan normalt sett bli overført til den ervervende arbeidsgiver i kraft av virksomhetsoverdragelsen. Erververen kan imidlertid unngå dette ved å avgi erklæring om det innen en frist på tre uker. Disse reglene er imidlertid ikke til hinder for at tariffavtaler kan overføres til den ervervende arbeidsgiver på annet rettslig grunnlag, og loven er ikke ment å gi erververen rett til å frasi seg dette.

Dette innebærer at dersom aksje- og allmennaksjelovens regler om fusjon og det implisitte kontinuitetsprinsipp fører til at overtaker blir bundet av en tariffavtale på en slik måte at den ervervende arbeidsgiver er avskåret reservasjonsretten som normalt følger av arbeidsmiljøloven § 16-2 (2), vil den ervervende arbeidsgiver ikke ha mulighet til å påberope seg reservasjonsretten i arbeidsmiljølovens regler.

Det aksjeselskapsrettslige kontinuitetsprinsipp, samt ordlyden i asl./asal. § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd tredje punkt gir, slik jeg oppfatter det, grunnlag for et utgangspunkt

om videreføring av tariffavtaler ved fusjon. Regelen vil også gjelde for andre fusjonstilfeller i tillegg til det konkrete fusjonstilfellet som forelå i Hakondommen. Regelen vil imidlertid kun gjelde de tilfeller av fusjon som er gjennomført i samsvar med bestemmelsene i asl./asal. kapittel 13.

Hakondommen bygger på en rettsforståelse av en mer generell karakter. Retten avstår imidlertid fra å trekke en entydig konklusjon om tariffbundethet ved alle fusjonstilfeller, og åpner for at i visse tilfeller kan forhold knyttet til tariffavtalen føre til unntak fra en eventuell regel om tariffbundethet ved fusjon.

5.2 Variasjonsmuligheter som kan oppstå ved fusjon og implikasjoner av disse

Som tidligere nevnt, ga Arbeidsretten i Securitasdommen (på side 42) en beskrivelse av variasjonsmuligheter som kan oppstå ved virksomhetsoverdragelser. I beskrivelsen retten ga, ble det forklart hvordan både overdrager og erverver formelt kan være bundet til tariffavtalen. De variasjonsmuligheter som er uttalt i Securitasdommen, har også gyldighet ved fusjon.⁹⁶

Overdrager kan være bundet som direkte part i en tariffavtale. Overdrager kan også være bundet gjennom et medlemskap i en arbeidsgiverforening som har inngått tariffavtale med en fagforening på vegne av de ansatte i bedriften.

For det første forutsettes det at det overtakende selskap (B) ikke er bundet av en annen tariffavtale. Hvis overdrager (A) er bundet direkte, som part i en tariffavtale, vil spørsmålet være om det oppstår kompliserende forhold i tilknytning til et partsskifte i avtaleforhold. Utgangspunktet er at avtaler er gjeldende kun for de partene som har bundet seg til disse, men i disse tilfellene vil det ikke være noen store praktiske hindringer i veien for at erverver kan tre inn i avtalen som part i overdragers sted. Siden erverver ikke er tariffbundet fra før, vil det rent praktisk ikke foreligge noen vanskeligheter for å forplikte

⁹⁶ Jf. Hakondommen s. 13.

seg til tariffavtalen. Erverver kan på en annen side ha prinsipielle innsigelser mot å tre inn i tariffavtalen, som for eksempel innsigelser mot tariffavtalens innhold eller mot tariffavtalens motpart.⁹⁷

Det er nettopp dette som skjer ved en fusjon. Tariffavtalen løper videre med den nye arbeidsgiver som part.

Dersom overdrager (A) er bundet indirekte, som medlem av en arbeidsgiverforening, blir situasjonen annerledes da avtalestrukturen er annerledes. Det er medlemskapet som etablerer tariffbundetheten i slike situasjoner. I litteraturen er det uttrykt at et medlemskap ikke uten videre lar seg overføre, siden det ikke er tale om en alminnelig forpliktelse.⁹⁸

Men rent praktisk kan eventuelle vanskeligheter unngås ved at erverver melder seg inn i samme arbeidsgiverforening som overdrager var medlem av, eller ved å inngå en hengeavtale med det samme innholdet som den gamle tariffavtalen hadde.⁹⁹ Også her kan erverver påberope seg retten til å være ubundet av tariffavtalen på grunn av prinsipielle innsigelser. Hva slags vekt som disse prinsipielle holdninger skal tillegges er det ikke diskutert i forarbeider. Men departementet gir uttrykk for at det ville "være uheldig hvis en regel om at ny arbeidsgiver må overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale, begrunnet i slike innvendinger skulle stå i veien for ellers hensiktsmessige restruktureringer i næringslivet."¹⁰⁰ Det er således etter mitt skjønn tvilsomt om den ervervende arbeidsgiver skal kunne reservere seg fra å bli bundet av tariffavtalen, kun med grunnlag i prinsipielle motforestillinger.

Konklusjonen blir da at i slike situasjoner hvor erverver (B) ikke er tariffbundet fra før, vil det ikke oppstå særlige problemer ved overføring av en tariffavtale i kraft av fusjonen.

⁹⁷ Jf. NOU 2004: 5 s. 396.

⁹⁸ Jf. Fougner 1999 s. 80.

⁹⁹ Jf. NOU 2004: 5 s. 396 og 397.

¹⁰⁰ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 270.

Dette kan også forstås som uttrykk for at i slike situasjoner finnes det ikke tungtveiende hensyn mot en regel om tariffbundethet ved fusjon etter aksje- og allmennaksjeloven.

Videre forutsettes det at både overdrager (A) og erverver (B) er bundet av en tariffavtale. Spørsmålet er om situasjonen stiller seg annerledes når også erverver (B) er bundet av en tariffavtale fra før. Den enkleste og mest uproblematisk konstellasjonen er når både erverver (A) og overdrager (B) er medlemmer av samme arbeidsgiverforening og bundet av samme tariffavtalen. I disse tilfellene kan det ikke sies å foreligge noen vanskeligheter ved å overføre tariffavtalen, siden erverver allerede er bundet av samme tariffavtale.

Variablene kan være ganske mange og det vil være problematisk å behandle alle variasjonsmulighetene som kan oppstå ved fusjon.

Erververen (A) kan være medlem av samme arbeidsgiverforening som overdrager (B), men likevel være bundet av en annen tariffavtale som gjelder for den type arbeid som utøves av de arbeidstakerne som overføres i kraft av fusjonen. Videre kan erverver (B) være direkte part i en annen tariffavtale, eller være medlem av en annen organisasjon enn overdrager. Dette fører til at overdrager (A) og erverver (B) er bundet av to eller flere individuelle tariffavtaler med forskjellig innhold. Problemer med en automatisk overgang vil spesielt kunne oppstå når tariffavtalen har et annet innhold enn den avtalen som allerede eksisterer i det overdragende selskap.

I denne sammenheng vil et nærliggende spørsmål være om arbeidsgivere har adgang til å inngå konkurrerende (motstridende) tariffavtaler.¹⁰¹

Forholdet mellom tariffavtalen og den individuelle arbeidsavtale er regulert i arbeidstvistloven § 3 nr. 3. Av denne bestemmelsen fremgår det at hvis en individuell arbeidsavtale mellom en arbeidstaker og arbeidsgiver, som begge er bundet av en

¹⁰¹ Jf. NOU 2004: 5 s. 397.

tariffavtale, inneholder en bestemmelse som strider mot tariffavtalen, er denne bestemmelsen ugyldig.

Når det gjelder forholdet mellom forskjellige tariffavtaler er utgangspunktet at arbeidsgiveren eller arbeidsgiverforeningen står fritt til å inngå tariffavtaler med flere avtaleparter og gi avtalene ulikt innhold. En allerede inngått tariffavtale begrenser ikke den tariffbundne partens adgang til å slutte tariffavtale med andre parter. Arbeidsgiversiden kan dermed samtidig ha flere tariffforhold for samme type arbeid i en og samme bedrift.¹⁰²

Arbeidsgivers avtaleadgang er likevel ikke uten tariffrettslige begrensninger. Imidlertid kan friheten til å inngå konkurrerende tariffavtaler være begrenset av ufravikelighetsnormer som gjelder i tariffforhold. Som nevnt ovenfor, gjelder ufravikelighetsregelen i arbeidstvistloven § 3 nr 3 ikke forholdet mellom konkurrerende tariffavtaler. På bakgrunn av rettspraksis anses det å foreligge en ulovfestet regel som innebærer at en arbeidsgiver kan ha en plikt overfor sin tariffmotpart til å avstå fra å inngå konkurrerende tariffavtaler som avviker fra den man allerede er bundet av, jf. blant annet ARD 1936 s.127.

Ufravikelighetsnormene stiller ikke krav til at disse avtalene skal være identiske. At tariffavtaler er ulikt utformet, vil således ikke være tariffbrudd. Videre vil man ikke kreve at tariffavtalene leder til det samme resultat på ethvert tidspunkt, så lenge de leder til likebehandling av arbeidstakere som omfattes av tariffavtalene over en viss periode. Det er imidlertid usikkert hvor langt den ulovfestede ufravikelighetsnorm rekker.

I rettspraksis har den regelen vært knyttet til individuelle vilkår, men det er trolig ikke holdepunkter for å anta at normen også omfatter bestemmelser på kollektivt nivå.¹⁰³ Det er imidlertid ikke tvil om at partene også kan avtale en videre adgang til å inngå

¹⁰² Jf. NOU 2004: 5 s. 397 der det vises til NOU 1996: 14 kap. 4.7.5 som videre henviser til ARD 1936 s. 127 hvor det uttales på s.131: "Arbeidsretten skal bemerke, at det ikke er noe til hinder for, at en arbeidsgiverforening samtidig kan ha tariffavtale med mer enn en arbeidssammenslutning."

¹⁰³ Jf. NOU 1996: 14 s. 64 der det uttales at ARD 1936 s.127 ikke gav grunnlag for å oppstille noen generell ufravikelighetsnorm i forhold til konkurrerende tariffavtaler.

konkurrerende tariffavtaler enn de ulovfestede ufravikelighetsnormene tilsier, jf. ARD 1984 s 70.

Adgangen til å inngå avvikende tariffavtaler kan i tillegg begrenses ved bestemmelser om dette i tariffavtalene selv, såkalte sperreklausuler.¹⁰⁴

Det mest drastiske er klausuler som forbyr partene å inngå noen som helst tariffavtale med andre, men det vanlige er avtalebestemmelser som bare delvis begrenser arbeidsgivers mulighet til å inngå nye tariffavtaler. Videre forekommer det i praksis at en part forbeholder seg rett til reforhandling av sin avtale dersom andre oppnår bedre betingelser med ens tariffmotpart.¹⁰⁵ En tariffavtale kan også inneholde avtaleklausuler som stiller krav om representativitet, eksempelvis at arbeidsgiver ikke må inngå tariffavtale med andre, med mindre den andre organisasjonen representerer mer enn 50 % av de ansatte hos arbeidsgiveren.¹⁰⁶ Jf. ARD 1974 s 12 som gir eksempel på en slik type klausul.

I forbindelse med problemstillingen blir det et vurderingstema om slike klausuler kan føre til at tariffavtaler ikke videreføres i kraft av fusjonen. Dette er egentlig et spørsmål om en avtale mellom to rettssubjekter kan ha virkning for et tredje rettssubjekt.

Gjertsen uttaler seg i sammenheng med kontinuitetsprinsippet:

”Et unntak fra utgangspunktet om kontinuitet kan følge av at grunnlaget for en privatrettslig rettighet eller forpliktelser kan bli tolket eller utfylt slik at overføring ved fusjon krever samtykke fra en tredjemann; ellers at fusjon er en forfalls-, oppsigelses- eller opphørsgrunn. Dette grunnlaget må tolkes i lys av (allmenn)aksjelovens kontinuitetsprinsipp som ofte vil tilsi at særlige holdepunkter må kreves for å legge diskontinuitet til grunn.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ Jf. Evju 1982 s. 203.

¹⁰⁵ Jf. NOU 1996: 14 s. 64.

¹⁰⁶ Jf. NOU 1996: 14 s. 64.

¹⁰⁷ Jf. Gjertsen 1999 s. 30.

Gjertsen gir her uttrykk for at det må kreves *særlige holdepunkter* for å legge diskontinuitet til grunn. Dette tyder på at det kreves mer enn rene avtalerettslige klausuler eller begrensninger for at et eventuelt prinsipp om tariffbundethet kan fravikes. At det ved en eventuell fusjon kan oppstå avtalerettslige brudd, må stå tilbake for reglene i aksje- og allmennaksjeloven og kontinuitetsprinsippet. På en annen side er det vanskelig å fastsette på forhånd hva slags virkninger et brudd på avtalerettslige klausuler vil ha, og på hvilken måte disse virkningene vil komplisere en fusjonsprosess. Som en alminnelig regel vil den andre tariffavtalen være bindende for parter som har inngått den, selv om den utgjør et tariffbrudd i forhold til den første avtalen.¹⁰⁸ Den krenkede part vil i alle fall kunne ha krav på erstatning hvis de øvrige erstatningsrettslige vilkår er oppfylt. Teoretisk sett kan en tariffavtale, som andre kontrakter, kreves hevet av den krenkede part ved vesentlig mislighold eller hvis den er inngått under bristende forutsetninger.¹⁰⁹

Hvis en legger til grunn et utgangspunkt om tariffbundethet i kraft av fusjonen, vil etter mitt skjønn et eventuelt unntak fra regelen om tariffbundethet bero på en total vurdering i de enkelte fusjonstilfeller. Virkningene av brudd på avtalerettslige klausuler vil være kompliserende momenter i en fusjonsprosess, og kan således være et argument for at det i særskilte tilfeller skal gjøres unntak fra hovedregelen. Om det skal gjøres unntak fra regelen om tariffbundethet må dette etter min mening bero på hvor tungtveiende disse virkningene av brudd på avtalerettslige klausuler og andre kompliserende momenter er.

5.3 Hovedavtalen 2006-2009 LO – NHO § 3-7- problematikk

Det kan også oppstå andre både formelle og praktiske vanskeligheter ved en automatisk overgang av tariffavtalen. En automatisk overgang av tariffavtaler kan komme i strid med reglene i Hovedavtalen LO-NHO § 3-7 følgende.

¹⁰⁸ Jf. Stokke m.fl. 2003 s. 129.

¹⁰⁹ Jf. NOU 2004: 5 s. 398.

For det første finnes det regler og vilkår for å sette en tariffavtale i kraft, jf. Hovedavtalen LO-NHO § 3-7 følgende. Disse reglene innebærer at det ikke er noen automatikk i at en tariffavtale kommer til anvendelse i en virksomhet, selv ikke i de tilfellene der overdrager og erverver er medlemmer i samme arbeidsgiverforening. Avtalen må gjøres gjeldende for at medlemmet skal være bundet av tariffavtalen. En eventuell regel om automatisk overføring av tariffavtalen i kraft av fusjonen, vil føre til at disse reglene settes til side.

Et vilkår for å kreve en tariffavtale gjennomført etter Hovedavtalens regler § 3-7, er at bedriften er medlem i NHO og i en landsforening tilsluttet NHO, og at LO og det aktuelle forbund har minst 10 prosent organiserte arbeidstakere i bedriften.

For å illustrere problematikken rundt dette, forutsettes det at bedrift (A) overdrar en del eller hele virksomheten til (B). I det første tilfellet forutsettes at begge er medlemmer av NHO og at bedrift (A) ikke har inngått egne tariffavtaler på det aktuelle tariffområdet. Videre forutsettes det at etter overdragelsen har LO/forbundet mindre enn 10 prosent organiserte ansatte i bedriften. I henhold til reglene i § 3-7 vil LO/forbundet være avskåret fra å kreve tariffavtale før ti prosent av de organisasjonsmulige er organisert. En problemstilling som kan oppstå i en slik situasjon, er om arbeidsgiveren likevel kan kreve at en tariffavtale blir gjort gjeldende. En regel om automatisk overføring av tariffbundethet vil frata arbeidsgiver muligheten til å velge tariffavtalen som fremstår som mest rentabel for bedriften.

Et av vilkårene for å kreve en tariffavtale gjennomført etter Hovedavtalens regler § 3-7, er som tidligere nevnt at bedriften er medlem i NHO. En slik regel om automatisk overføring av tariffbundethet vil føre til at en arbeidsgiver som ikke er, og som har aldri vært, medlem av NHO, blir bundet av en tariffavtale i strid med reglene i § 3-7.

Videre av § 3-7 (5) fremgår det at dersom bedriften er bundet av annen tariffavtale ved innmeldelse i NHO, gjelder denne til den er brakt til utløp. En landsdekkende tariffavtale mellom LO og NHO omfatter altså ikke automatisk de medlemsbedrifter i NHO som faller

inn under tariffavtalens saklige område. Tariffavtalen må på vanlig måte sies opp og bringes til opphør, før bedriften kan føres inn under den tariffavtale som LO og NHO har inngått for bedrifter av samme art.

Som redegjørelsen ovenfor viser, vil en regel om automatisk overføring av tariffbundethet før eller siden komme i konflikt med tariffrettslige regler. Det er klart at lovgiverne kan bestemme at en slik regel om automatisk overføring av virksomhet skal gjelde på tross av dette, men det er neppe den mest hensiktsmessige løsningen, da dette vil undergrave tariffavtalesystemet.

5.4 Konklusjon

Det er et ubestridt faktum at det i en overføringssituasjon i form av fusjon kan oppstå komplekse situasjoner i forholdet til de aktuelle tariffavtaler og de involverte aktører. En regel om automatisk overføring av tariffbundethet vil etter mitt skjønn komplisere fusjonsprosessen i særlige tilfeller, og på en slik måte at det kan være vanskelig å gjennomføre fusjon. Legger man imidlertid til grunn en regel om overføring av tariffbundethet ved fusjon etter aksjelovgivningens regler, men som åpner for en valgmulighet som arbeidsmiljølovens § 16-2 åpner for, vil det etter min mening gi den mest rettferdige løsningen i praksis.

Med en slik regel kan en ny arbeidsgiver, i de tilfellene der en tariffavtaleovergang vil støte på formelle eller praktiske problemer, velge å ikke overta avtalen, men kan også velge, i de tilfellene det ikke er hindre av formell eller praktisk art, å overta tariffavtalen og dermed den stabilitet og de etablerte strukturer som gjerne følger med et tariffavtaleforhold.

I tillegg har lovgiverne drøftet de kompliserende situasjoner som kan oppstå ved overdragelse av tariffbundethet og vurdert både fordeler og ulemper ved en slik regel om overdragelse i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2006, og funnet at en slik regel som § 16-2 gir uttrykk for, er den mest lukrative for norsk rett.

Lovgiverne til aksjelovgivningen har imidlertid ikke tatt uttrykkelig stilling til tariffavtalens stilling ved fusjon, og de juridiske forfattere som har lagt til grunn at tariffbundethet overføres ved fusjon, har heller ikke drøftet betydningen av tariffavtalens kompleksitet. Finnes det behov for en særskilt regel for fusjonstilfeller etter aksje- og allmennaksjeloven kapittel 13, kan det være hensiktsmessig at lovgiver vedtar en regel som klargjør gjeldende rett på aksjelovens område.

6 Kildehenvisninger og litteraturlister

6.1 Lover og direktiver

Lover

Aktieselskap	Lov om aktieselskaper av 19. juli 1910 nr. 1.
Aksjeloven	Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59.
Aksjeloven	Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44.
Allmennaksjeloven	Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44.
Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4.
Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.
Arbeidstvistloven	Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr 1.
Tjenestetvistloven	Lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr. 2.

EU-direktiver:

Dir. 77/187/EØF	Om virksomhetsoverdragelser.
Dir. 77/855/EØF	Om fusjon av åpne aksjeselskaper

.

6.2 Forarbeider

Ot.prp. nr 19 (1974-75) (Om lov om aksjeselskaper)

Ot.prp. nr 23 (1996-97) (Om lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper)

Ot.prp. nr 36 (1993-94) (Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven))

Ot.prp. nr 71 (1991-92) (Om lov om endr i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsomr.)

NOU 1992: 29 (Lov om aksjeselskaper)

NOU 1996: 3 (Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.)

NOU 1996: 14 (Prinsipper for ny arbeidstvistlov)

NOU 2001: 14 (Vårens vakreste eventyr...?)

NOU 2004: 5 (Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven))

6.3 Rettspraksis

Dommer fra Arbeidsretten

ARD 1922 s. 22

ARD 1936 s. 36

ARD 1936 s. 127

ARD 1937 s. 163

ARD 1966 s. 45 (Vestopplandske Bilselskap A/S)

ARD 1974 s. 12

ARD 1974 s. 35

ARD 1983 s. 6 (Helikopterdommen)

ARD 1985 s. 50

ARD 1988 s. 38 (Securitasdommen)

ARD 2001 s. 1 (Hakondommen)

ARD 2004 s. 16

6.4 Litteraturliste

- Aarbakke 1987
Aarbakke, Magnus: *Fusjon av aksjeselskaper ved opptak - enkelte rettsspørsmål*, Jussens venner 1987, s.153-193.
- Aarbakke m.fl. 2000
Aarbakke, Magnus... [et al.]: *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer* Oslo 2000.
- Aarbakke 2004
Aarbakke, Magnus... [et al.] *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave*, 2.utg. Oslo 2004.
- Andenæs 1998
Andenæs, Mads Henry: *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, Oslo 1998.
- Evju 1982
Evju: *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*, Oslo 1982.
- Evju 1984
Evju, Stein: "Norge", *Arbetsrätten i Norden* 1988 -NU 1984:10 s. 225- 261.
- Evju 2004
Evju, Stein: "Tariffavtalens stilling ved omdannelse og overføring av virksomhet – Arbeidsrettens dom 1. juli 2004 (Inr.25/2004)", "Nytt i privatretten" nr. 3/2004, s.13 – 14.
- Fougner 1999
Fougner, Jan: *Arbeidsavtalen - utvalgte emner*, Oslo 1999.

Fougner m.fl. 2003	Fougner, Jan; Holo, Lars; Friberg, Odd: <i>Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave</i> , 8 utg., Oslo 2003
Fougner/ Holo 2006	Fougner, Jan; Holo, Lars; <i>Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave</i> , Oslo 2006
Friberg m.fl. 1998	Friberg, Odd; Fougner, Jan; Holo, Lars: <i>Arbeidsmiljøloven med kommentarer</i> , 7.utg Oslo 1998
Giertsen 1999	Giertsen, Johan: <i>Fusjon og fisjon</i> , Bergen 1999.
Jakhelln 2004	Jakhelln, Henning: <i>Oversikt over Arbeidsretten</i> , 3utg. Oslo 2004.
Jakhelln 2006	Jakhelln, Henning: <i>Oversikt over Arbeidsretten</i> , 4utg. Oslo 2006.
Jakhelln/Aune 2006	Jakhelln, Henning; Aune, Helga: <i>Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven</i> , 2.utg., Damm 2006.
Fougner m.fl. 2003	Fougner, Jan...[et al.]: <i>Omstilling og nedbemanning</i> 2003 Oslo 2003.
Skåre 1976	Skåre, Jan: <i>Lov om aksjeselskaper med kommentarer</i> Oslo 1976.
Skåre 1980	Skåre, Jan: <i>Lov om aksjeselskaper med kommentarer</i> , 2.utg. Oslo 1980.
Skåre/Knudsen 1987	Skåre Jan; Knudsen, Gudmund: <i>Lov om aksjeselskaper med kommentarer</i> 3.utg. Oslo 1987.

Skåre/Knudsen 1991

Skåre Jan; Knudsen, Gudmund: *Lov om aksjeselskaper med kommentarer* 3.utg., 3.opplag Oslo 1991

Stokke m.fl. 2003

Stokke, Torgeir Aarvaag; Evju, Stein; Frøland, Hans Otto: *Det kollektive arbeidslivet*, Oslo 2003.

Sture 1988

Sture, Knut: *Tariffavtalens stilling ved eierskifte*, LoR nr 3 1988, s.190 – 201.

